

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**



***DA TUTELA DA CONFIANÇA COMO LIMITE À INVOCACÃO DE  
NULIDADES FORMAIS***

CONTRIBUTO PARA UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DO ABUSO DO DIREITO  
NO ÂMBITO DA ARGUIÇÃO DE NULIDADES DECORRENTES DA  
PRETERIÇÃO DA FORMA LEGALMENTE EXIGIDA

**CAROLINA REBORDÃO NUNES**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO CIENTÍFICO NA ESPECIALIDADE DE  
CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**ANO DE 2018**

***DA TUTELA DA CONFIANÇA COMO LIMITE À INVOCAÇÃO DE  
NULIDADES FORMAIS***

CONTRIBUTO PARA UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DO ABUSO DO DIREITO  
NO ÂMBITO DA ARGUIÇÃO DE NULIDADES DECORRENTES DA  
PRETERIÇÃO DA FORMA LEGALMENTE EXIGIDA

**CAROLINA REBORDÃO NUNES**

Dissertação de Mestrado Científico  
na especialidade de Ciências  
Jurídicas, sob a orientação da  
Exma. Senhora Professora Doutora  
Elsa Dias Oliveira.

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO CIENTÍFICO NA ESPECIALIDADE DE  
CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**ANO DE 2018**

## RESUMO

A presente investigação propõe-se a estudar a relação entre a invalidade do contrato e o instituto geral do abuso do direito, previsto no artigo 334.º do Código Civil. Efectivamente, a invalidade de um contrato representa um juízo de censura do ordenamento jurídico a um negócio celebrado pelas partes, no exercício da sua autonomia privada, motivado quer por razões de tutela de interesses públicos, quer por razões de tutela da liberdade de formação e exteriorização da vontade dos sujeitos contraentes. A nulidade (invalidade mais grave do negócio jurídico no ordenamento jurídico português) pode ser arguida a todo o tempo e por qualquer interessado, incluindo oficiosamente pelo tribunal – assim é, pelo menos, quanto ao regime típico da nulidade. No entanto, a doutrina portuguesa tem reconhecido, em cada vez maior extensão, a existência de “nulidades atípicas”, ditadas por outros valores também presentes no ordenamento jurídico e por ele salvaguardadas. Nesta linha, tem-se discutido a possibilidade de aplicação do instituto do abuso do direito como limite à invocação de nulidades decorrentes da preterição de exigências legais de forma. Mediante a verificação de certos pressupostos, o direito de arguir a nulidade por vício de forma pode ceder perante a confiança gerada socialmente (isto é, pela execução do contrato) na parte contratual de boa-fé contra a qual é invocada a invalidade. A arguição da nulidade por vício de forma seria, nestes casos, contrária aos valores essenciais presentes no ordenamento jurídico português. Consequentemente, o direito de arguir esta nulidade deve ser excepcionado pelo artigo 334.º do Código Civil, na medida em que se traduz num exercício de um direito contrário aos ditames da boa-fé, designadamente ao princípio da tutela da confiança. A doutrina tem qualificado esta modalidade especial de exercício contraditório, e logo inadmissível, de posições jurídicas como “inalegabilidade de nulidades formais”. Esta doutrina pode ser aplicada relativamente a contratos obrigacionais, bem como a contratos reais (incluindo reais *quoad constitutionem*), mediante o seu devido apuramento dogmático. Por outro lado, esta paralisação do exercício do direito de arguir a nulidade pode mesmo afectar terceiros face à relação contratual que está na base (ou é pressuposta) da relação de confiança.

**Palavras-chave:** negócio jurídico; contrato; invalidades; nulidade; forma legal do contrato; abuso do direito; boa-fé; tutela da confiança; convalidação; inalegabilidade; efeitos obrigacionais; efeitos reais; eficácia; desenvolvimento jurisprudencial do Direito.

## ABSTRACT

The present research aims to study the relation between the invalidity of the contract and the general institute of abuse of rights, enshrined in article 334 of the Portuguese Civil Code. In fact, the invalidity of a contract represents a judgment of censure made by the legal system concerning a contract, concluded by the parties in the exercise of their private autonomy, which is motivated either for protecting public interests or for protecting the free will of the contracting parties. The nullity (the most serious invalidity of the contracts in the Portuguese legal system) can be argued at any time and by any interested party, including by the court - at least regarding the typical nullity regime. However, Portuguese doctrine has increasingly recognized the existence of "atypical nullities", dictated by other values also immanent to the legal system and protected by it. Therefore, it has been discussed the possibility of invoking the institute of the abuse of rights as a limit to the invocation of nullities arising from the disregard of legal requirements of form (the way by which the parties declares their will, externalizing the "internal representations"). Through the verification of certain assumptions, the right to argue the nullity of the contract due to the lack of legal form, may be overturned facing the trust generated by the "social effects" of the contract. As a matter of fact, the performance of the contract may generate a "bona fides" relationship, which imposes the maintenance of the contractual effects, as if the contractual would have been valid *ab initio*. The nullification of the contract, in these cases, would be contrary to the essential values present in the Portuguese legal system. Consequently, the right to pledge the nullification of the contract in these circumstances must be dismissed by Article 334 of the Portuguese Civil Code, because it entails an exercise of a right contrary to the principles of good faith, in particular the principle of protection of one contractual party's trust. The doctrine has qualified this special modality of contradictory exercise of legal entitlements as "*inalegabilidade de nulidades formais*". This doctrine may be applied in respect of "obligational contracts", as well as "real

contracts” (including real *quoad constitutionem*), under certain conditions and legal prerequisites. On the other hand, this prohibition of the exercise of the right to argue the nullity may even affect third parties to the contractual relationship that is the basis of the relationship whose cause is the trust by the performance of the ab initio null and void contract.

**Keywords:** contract; legal entitlement; contractual invalidities; nullity; legal form of the contract; abuse of rights; good faith; unpledgeable; protection of contractual party’s trust; convalidation; obligational effects; real effects; efficacy; judicial development of law.

# ÍNDICE

Introdução .....	10
Linhas de investigação inovatórias .....	11
Enunciação do problema .....	15
Delimitação do objecto da análise .....	16
Orientação metodológica .....	18

## CAPÍTULO I

### **O abuso do direito e a sua relevância no âmbito da “inalegabilidade de nulidades formais”**

1. Considerações gerais sobre o instituto do abuso do direito .....	22
2. Sobre a recepção no Direito romano .....	24
2.1 A teoria do abuso do Direito e a História do Direito: remontará a sua génese histórica ao <i>ius romanum</i> ? .....	25
2.1.1 Teses negacionistas da recepção do abuso do direito no Direito romano; fundamentos e críticas .....	27
2.1.2 Teses favoráveis à consagração da teoria do abuso do direito no Direito romano; argumentos e apreciação .....	36
3. Do período codificador à actualidade .....	51

4. A recepção da teoria do abuso do direito no ordenamento jurídico português .....	57
---	----

## CAPÍTULO II

### Sobre a inalegabilidade de nulidades formais

1. Breve evolução histórica .....	62
2. A inalegabilidade de nulidades formais e a sua recepção pela doutrina portuguesa...	69
3. Sistemas jurídicos estrangeiros actuais .....	75
4. Caracterização da inalegabilidade de nulidades formais .....	79
4.1. Delimitação positiva .....	79
4.2. Delimitação negativa: breve distinção face às figuras afins .....	80
4.2.1 Distinção face ao <i>venire contra factum proprium</i> .....	80
4.2.2 Distinção face ao <i>tu-quoque</i> .....	83
5. Dificuldades jurídico-científicas da modalidade da inalegabilidade de nulidades formais .....	85
5.1. A inalegabilidade de nulidades formais e a função das regras de forma da declaração negocial .....	86
5.1.1 A teleologia dos conceitos de negócios formais ou solenes .....	87

5.1.2. Distinção entre forma e formalidades; relevância para o nosso estudo .....	88
5.1.3 Justificação das exigências de forma: posições críticas .....	90
6. A inalegabilidade de nulidades formais no quadro da teoria das invalidades .....	95
6.1. A modelação dos efeitos típicos da nulidade: as invalidades mistas ou atípicas..	97
6.2. Posição adoptada quanto ao acolhimento da tese da reformulação da teoria das invalidades ( <i>rectius</i> : quanto à nulidade) .....	110
7. A inalegabilidade de nulidades formais e a sua justificação dogmática .....	118

### **CAPÍTULO III**

#### **A tutela da confiança como limite à invocação da nulidade derivada da preterição da forma legalmente exigida**

1. Notas preliminares .....	121
2. Uma proposta de reformulação da Teoria das Invalidades; a nulidade como expressão dos princípios materiais estruturantes do Direito Civil .....	123
3. Pressupostos de aplicação do princípio da tutela da confiança como limite à invocação de nulidades formais .....	130
4. Requisito subjectivo? A questão da culpa dos agentes .....	139
5. Defesa de um meio de sanção inominado e sua base legal (334.º do Código Civil Português) .....	141



6. Conservação dos efeitos dos contratos celebrados com preterição de forma legal e os contratos reais .....	144
a) Contrato de compra e venda .....	149
i) Princípio da causalidade, nulidades formais e abuso do direito .....	153
ii) Nulidades formais, abuso do direito e jurisprudência portuguesa .....	157
b) Contrato de troca (permuta ou escambo) .....	167
c) Inalegabilidade de nulidades formais e a transmissão de direitos reais: terceiros de boa-fé e direito registal nos contratos onerosos de aquisição de direitos reais ...	197
d) Contrato de doação .....	210
e) Contrato de mútuo .....	213
7. Contratos de Consumo e a inegabilidade de nulidades formais .....	215
7.1 Considerações gerais .....	215
7.2 Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial .....	219
7.3. Contrato de crédito ao consumo: breve caracterização tipológica e requisitos formais de validade .....	221
7.4. Nulidade atípica por incumprimento da exigência legal de forma escrita na celebração de contratos de consumo (inalegabilidade da nulidade) .....	225

8. Conclusões .....	231
Bibliografia .....	238

## Introdução

A presente tese tem como objectivo traçar as linhas essenciais de desenvolvimento dogmático do tema da inalegabilidade de nulidades formais, ou seja, da impossibilidade de invocar a nulidade decorrente da preterição da forma legalmente exigida, com o intuito de obter a declaração judicial da nulidade dos contratos. A escolha do tema da presente tese deve-se à crescente importância (jurídica e social) do mesmo. A importância do tema subjacente à presente dissertação é evidenciada no número já relevante de decisões dos Tribunais nacionais que aplicam esta modalidade de proibição do exercício de posições jurídicas.

A doutrina da inalegabilidade de nulidades formais liga-se ao tema mais vasto do abuso do direito e do princípio da boa-fé: a sua concretização necessita, no nosso pensamento, de maior clareza dogmática, visto que a inalegabilidade de nulidades formais implica o afastamento das regras de forma, cuja violação a lei comina com o desvalor mais grave do Direito Civil: a nulidade (artigo 220.º do Código Civil).

Sem ter a pretensão demasiado ambiciosa de esgotar todos os problemas que este tema coloca, iremos apresentar uma proposta de solução<sup>1</sup> que permita reflectir dogmaticamente a diversidade de fundamentações que a jurisprudência e a doutrina já apresentaram para tutelar as legítimas expectativas da parte contratante que confiou na validade do contrato – confiança que é imputável à outra parte, a quem aproveita a alegação da nulidade do contrato. Se é verdade que *summum ius, summa iniuria* (no caso, máximo rigor na aplicação das regras sobre forma, poderá ser máxima injustiça na aplicação do Direito), não o é menos que uma aproximação exclusivamente tópica a este tema poderia levar (como já levou) a um protagonismo do poder judiciário, gerador de incerteza jurídica e desigualdades arbitrárias na administração da justiça.

As soluções que iremos apresentar têm como objectivo delinear critérios mais rigorosos na abordagem e resolução dos problemas que suscitam um conflito entre as regras legais de forma e a tutela da confiança das partes contratuais. Em especial, pretendemos

---

<sup>1</sup> A proposta de solução defendida na presente dissertação afasta-se da proposta de solução anteriormente por nós apresentada em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015, tal como veremos melhor adiante na página 11 da presente dissertação, onde elencamos as linhas de investigação inovatórias e novas conclusões.

contribuir para o estudo desta problemática, que tantas dificuldades dogmáticas tem suscitado.

### **Linhas de investigação inovatórias**

A escolha do tema da presente dissertação deve-se, além da crescente importância (jurídica e social) do tema das inalegabilidades formais, evidenciada no número já relevante de decisões dos Tribunais nacionais que aplicam esta modalidade de proibição do exercício de posições jurídicas, tal como referido acima<sup>2</sup>, deve-se também ao facto de anteriormente nos termos debruçado sobre esta problemática<sup>3</sup>, porém diversas questões relevantes ficaram por responder – o que tentaremos corrigir com o presente trabalho.

Pelo exposto, a presente dissertação tem como propósito o tratamento dogmático do tema da inalegabilidade de nulidades formais (i) desenvolvendo alguns dos tópicos sobre os quais nos tínhamos debruçado anteriormente uma vez que estes se mostram incontornáveis para o estudo do tema em causa, (ii) alterando a nossa posição em relação a determinadas questões por nós anteriormente analisadas, (iii) bem como explorando inúmeras novas questões que se mostram relevantes para o estudo do tema subjacente ao presente trabalho.

Alguns dos tópicos sobre os quais nos tínhamos debruçado previamente ao presente trabalho, e que serão também aqui desenvolvidos, dizem respeito a questões fulcrais e não dissociáveis de qualquer estudo (de nossa autoria, ou outra) sobre o tema da inalegabilidade de nulidades formais.

Conforme se irá evidenciar ao longo da presente dissertação, a reflexão por nós ora desenvolvida levou à mudança da nossa posição no que toca ao mais relevante dos pressupostos de aplicação do princípio da tutela da confiança como limite à invocação de nulidades formais: o critério da “*situação de confiança*”.

---

<sup>2</sup> Vide a este propósito página 10 da presente dissertação.

<sup>3</sup> Do qual resultou a publicação do artigo “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

A este propósito anteriormente havíamos defendido que o critério da “*situação de confiança*”, para efeitos da verificação da aplicabilidade do princípio da tutela da confiança como limite à invocação de nulidades formais, podia ser expressado pela ideia de boa-fé subjectiva (na esteira do entendimento propugnado pelo Ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO<sup>4</sup>): isto é, pela ideia da relação do beneficiário da inalegabilidade da nulidade formal com o vício, impondo-se que este desconhecesse a exigência de forma, bem como deveres de indagação mais fortes que no *venire contra factum proprium* na medida em que aquele que desrespeite deveres de cuidado merece menos protecção.

Concluiremos adiante que, após a investigação subjacente ao presente trabalho, tal posição não se poderia manter uma vez que deixaria sem aplicabilidade o princípio da tutela da confiança como limite à invocação de nulidades formais, visto que no nosso ordenamento jurídico o beneficiário da inalegabilidade ainda que desconhecesse em concreto da exigência de forma, tal desconhecimento não lhe poderia aproveitar.

Como veremos melhor adiante<sup>5</sup>, actualmente defendemos que o critério da “*situação de confiança*” deve ser expressado por uma ideia de boa-fé, porém na sua acepção objectiva, o que significa que o critério relevante é a situação de confiança criada em concreto por um dos contraentes em relação ao outro, ou seja, se foi ou não incutida na contraparte uma confiança fortíssima na vinculação ao contrato. A protecção jurídica conferida justifica-se pela violação, por parte daquele que originou a situação de confiança, de um dever de conduta que decorre do artigo 334.º do Código Civil. Dispensando-se assim a indagação do estado subjectivo do contraente que invoca a protecção da sua confiança para invalidar o negócio.

Relativamente à investigação sobre novas questões relevantes para o estudo da problemática da inalegabilidade de nulidades formais, no presente trabalho iremos debruçar-nos sobre a inalegabilidade de nulidades formais no quadro da teoria das invalidades, procedendo a uma análise das invalidades mistas ou atípicas. A este propósito fundamentaremos com uma maior profundidade a nossa proposta de solução relativamente ao acolhimento da tese da reformulação da teoria das invalidades (*rectius*:

---

<sup>4</sup> In Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2007, p. 293.

<sup>5</sup> Vide a este propósito a página 136 da presente dissertação.

quanto à nulidade). Para este propósito analisaremos diversos exemplos de nulidades atípicas previstas expressamente na lei, de forma a extrairmos as razões que fundamentam o desvio ao regime comum da nulidade (prevista no artigo 286.º do código civil). Em especial, a análise de tais exemplos de nulidades atípicas visará compreender se o que fundamenta o desvio ao regime geral da nulidade é o princípio da tutela da confiança. As manifestações de nulidades atípicas que analisaremos, de forma inovatória, são as seguintes:

- a arguição da nulidade do negócio simulado;
- a arguição da nulidade decorrente da venda de coisa ou direito litigioso pelo comprador;
- inoponibilidade da nulidade da venda de coisa alheia;
- nulidade por doação de coisa alheia;
- nulidade de actos praticados pelo tutor;
- nulidade de disposições testamentárias.

Também quanto à investigação sobre novas questões relevantes para o estudo da problemática da inalegabilidade de nulidades formais, iremos debruçar-nos sobre a aplicabilidade do princípio da tutela da confiança como limite à invocação de nulidades formais, aos contratos reais. Isto é, analisaremos se a nossa proposta de “convalidação atípica” dos contratos nulos por falta de forma é igualmente aplicável aos contratos com efeitos reais, ou se é apenas aos contratos com efeitos meramente obrigacionais.

A importância do estudo dos contratos reais a propósito da inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição da forma legalmente exigida prende-se com o facto de vigorar na nossa ordem jurídica o princípio da causalidade – na medida do qual, para que opere a transmissão do direito real o contrato terá de ser válido. Não sendo respeitada a forma legalmente exigida para um determinado negócio, a consequência seria a sua nulidade.

Assim, na esteira do princípio da causalidade sendo inválido o contrato o direito real não se transmitiria. No caso de transmissão de um direito real poderia parecer que a

teoria da inalegabilidade das nulidades formais não teria aplicabilidade porém, como desenvolveremos adiante<sup>6</sup>, em nossa opinião não será assim.

Para a sustentação da nossa posição a este propósito analisaremos de forma inovatória, designadamente, o significado de contratos reais, o significado de princípio da causalidade, bem como a viabilidade da aplicação da solução por nós proposta (para a problemática da inalegabilidade de nulidades formais) aos seguintes contratos reais:

- Contrato de compra e venda;
- Contrato de troca (permuta ou escambo);
- Contrato de doação;
- Contrato de mútuo.

No âmbito da investigação sobre novas questões relevantes para o estudo da problemática da inalegabilidade de nulidades formais, no presente trabalho debruçar-nos-emos também sobre a aplicabilidade do princípio da tutela da confiança, como limite à invocação de nulidades formais, quando estejam em causa interesses de terceiros. A este propósito será importante analisarmos a aplicabilidade do princípio da tutela da confiança, quando estejam em causa questões de direito registal. Ao contrário da posição adoptada pelo Ilustre Professor Menezes Cordeiro<sup>7</sup>, atendendo à investigação inovatória levada a cabo para efeitos da redacção da presente dissertação, concluiremos que em nosso entendimento é possível que, em certos casos, o princípio da tutela da confiança tenha lugar ainda que estejam em causa interesses de terceiros e não apenas das partes.

Ainda no âmbito da investigação sobre novas questões relevantes para o estudo da problemática da inalegabilidade de nulidades formais, no presente trabalho debruçar-nos-emos sobre a aplicabilidade do princípio da tutela da confiança, como limite à invocação de nulidades formais, aos contratos de consumo. Apresentando os contratos de consumo princípios e valorações próprias, e como tal com autonomia dogmática, poderia colocar-se o caso de o princípio da tutela da confiança, para efeitos de paralisação da invocação de nulidades formais, não se revelar aplicável.

---

<sup>6</sup> Vide a este propósito a página 150 da presente dissertação.

<sup>7</sup> In *Tratado de Direito Civil*, II, Parte Geral, Negócio Jurídico, 4ª edição, Almedina, 2014, pp. 197-201.

A este propósito, analisaremos em concreto e de forma inovatória a possibilidade de aplicar o princípio da tutela da confiança, como limite à invocação de nulidades decorrentes da preterição da forma legalmente exigida, aos casos em que a forma legalmente exigida nos contratos de consumo tenha como objectivo a protecção de uma das partes: o contraente, presumivelmente, mais débil. A este propósito concluiremos que, em nosso entendimento, em determinados casos é possível paralisar a invocação pelo consumidor (parte, presumivelmente, mais débil) da nulidade decorrente da preterição da forma legalmente exigida, ainda que esta tenha sido inicialmente prevista para sua defesa. Como veremos adiante, será por exemplo o caso em que a arguição da nulidade por parte do consumidor não se encontra abrangida pela *ratio legis* da norma.

Por último, iremos apresentar diversa jurisprudência que sustenta a proposta de solução por nós ora apresentada para a paralisação da invocação de nulidades decorrentes da preterição da forma legalmente exigida. Tal justifica-se uma vez que, a nosso ver, a problemática da inalegabilidade de nulidades formais foi, como melhor veremos adiante, erigida pelos Tribunais ao confrontarem-se com casos concretos carecidos de solução.

### **Enunciação do problema**

Vigora no ordenamento jurídico português o princípio da liberdade de forma, que se encontra consagrado no artigo 219.º/ 1ª parte do Código Civil português, o qual dispõe o seguinte: “*A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir*”. De acordo com este princípio, as partes podem adoptar qualquer forma para as suas declarações negociais.

Por sua vez, o artigo 219.º/ 2ª parte do mesmo diploma legal excepçiona a aplicação do princípio da liberdade de forma e como tal quando a lei exija uma forma especial para a declaração negocial das partes, a sua observância torna-se obrigatória.

Ora, não sendo respeitada a forma legalmente exigida para a declaração negocial das partes tem aplicação o artigo 220.º do Código Civil, o qual dispõe que: “*A declaração*



*negocial que careça de forma legalmente prescrita é nula, quando outra não seja a sanção especialmente prevista na lei”.*

Assim, quando a lei a título excepcional exigir forma para as declarações negociais das partes e essa forma não for respeitada a consequência será, em regra, a nulidade dessa declaração<sup>8</sup>.

Pelo exposto, a problemática da paralisação da invocação de nulidades decorrentes da preterição da forma legalmente exigida, ou mais comumente conhecida como problemática da “inalegabilidade de nulidades formais”, cremos que pode ser definida da seguinte forma: esta verifica-se quando a nulidade derivada do desrespeito pela forma legalmente exigida não pode ser alegada.

Ora, a presente dissertação resulta precisamente da investigação sobre a possibilidade de paralisar a invocação de nulidades decorrentes da preterição da forma legalmente exigida para a declaração negocial das partes. O presente trabalho ambiciona assim identificar os principais problemas que se podem colocar à referida paralisação da invocação da nulidade, bem como identificar e propor as respectivas soluções.

### **Delimitação do objecto da análise**

Tal como acima referido o presente trabalho versa sobre a possibilidade de paralisar a invocação da nulidade decorrente da preterição da forma legalmente exigida, porém não nos debruçaremos de forma aprofundada sobre os casos em que a lei já soluciona esta questão.

No nosso ordenamento jurídico existem já algumas soluções para esta problemática (embora tenham um carácter excepcional), as quais visam minorar o *ius strictum* das nulidades formais. É o caso, por exemplo, tal como refere o Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, das chamadas estipulações acessórias, do artigo 221.º do

---

<sup>8</sup> Conforme veremos melhor adiante, nem sempre a lei estabelece a nulidade para os casos de preterição da forma legalmente exigida.

Código Civil<sup>9</sup>, das declarações que podem ter apenas um mínimo de correspondência com o documento exigido pelo regime formal ou até nem ter qualquer correspondência, do artigo 238.º, n.º 1 e 2 do Código Civil, da conversão de negócios nulos para negócios com requisitos formais menos rigorosos, do artigo 293.º do Código Civil, da arguição de certas nulidades derivadas da preterição de formalidades no âmbito do contrato-promessa, do 410.º, n.º 3 do Código Civil e ainda do esquema da execução específica do contrato-promessa, do artigo 830.º do Código Civil<sup>10</sup>, na medida em que neste caso a sentença como que substituiria a regra de forma exigida para a declaração negocial.

Ora, relativamente aos casos *supra* referidos em que a lei soluciona a questão da paralisação da invocação de certas nulidades formais, para efeitos do presente estudo não importará desenvolvê-los em profundidade na medida em que são os casos para os quais a lei ainda não consagra uma solução expressa que pretendemos aprofundar.

Relativamente aos casos em que a lei e a própria doutrina já apontam soluções para o aproveitamento do negócio jurídico<sup>11</sup> como seja, por exemplo, o caso da redução ou da conversão dos negócios jurídicos<sup>12</sup>, o nosso trabalho apenas lhes fará referência para efeitos comparativos, não se tratando estes do objecto da presente dissertação pelo motivo apresentado acima.

---

<sup>9</sup> *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 299 e ss. A este propósito *vide* ainda do mesmo Autor, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.185-189.

<sup>10</sup> *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.185-189.

<sup>11</sup> A invalidação dos negócios jurídicos não impede a produção de alguns efeitos nos casos, v.g., de redução ou conversão – artigos 292.º e 293.º do Código Civil. Como expressa o Ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, estes dois artigos devem ser trabalhados em conjunto com os artigos 236.º e 239.º do Código Civil, Da Confirmação no Direito Civil, in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem*, Almedina, 2012, pp. 196 e ss. A este propósito *vide* ainda a obra estrangeira do Autor ANTONIO GERARDO DIANA, *La nullità parziale del contratto*, 2004, p.621 e entre nós, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, 1993 e LUIS BRITO CORREIA, *Efeitos Jurídicos dos contratos de trabalho inválidos*, Estudo elaborado para a cadeira de Direito do Trabalho do curso complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de Lisboa, em que o Autor estuda a possibilidade de a invalidade do contrato de trabalho ser arguida apenas pelo trabalhador, pp. 39 e ss.

<sup>12</sup> A propósito da *redução* e da *conversão* de negócios jurídicos, *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.947 e ss.

## Orientação metodológica

Conforme acima referido no ponto relativo às linhas de investigação inovatórias<sup>13</sup>, a escolha do tema do presente trabalho deve-se, nomeadamente, ao facto de, em nossa opinião, se tratar de uma problemática com bastante relevância, inclusive a nível prático.

Em publicação anterior à presente dissertação<sup>14</sup> havíamos-nos pronunciado sobre a possibilidade de o princípio da tutela da confiança limitar a invocação de nulidades formais porém, inúmeras questões relevantes ficaram por responder nessa sede. Assim, debruçar-nos-emos novamente sobre a problemática da inalegabilidade de nulidades formais, para efeitos da presente dissertação, analisando diversas novas questões sobre as quais não nos havíamos pronunciado anteriormente e que são de extrema importância para o estudo da viabilidade e aplicabilidade prática da nossa proposta de solução para a situação de inalegabilidade de nulidades formais. A nossa investigação sobre as aludidas novas linhas de investigação levaram inclusivamente a uma mudança da nossa posição relativamente à proposta de solução por nós apresentada em estudo anterior.

Com o presente trabalho pretendemos identificar os principais problemas que se podem colocar à paralisação da invocação da nulidade decorrente da preterição da forma legalmente exigida, bem como propor as respectivas soluções, debruçando-nos sobre uma série de novas questões sobre as quais não nos tínhamos debruçado anteriormente<sup>15</sup>. As linhas inovatórias de investigação, reflectidas no presente trabalho têm como propósito averiguar se o princípio da tutela da confiança poderá actuar na paralisação da invocação de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida no âmbito, por exemplo, dos contratos reais, dos contratos celebrados com consumidores ou quando estejam em causa interesses de terceiros e não apenas das partes.

---

<sup>13</sup> Vide a este propósito a página 11 da presente dissertação.

<sup>14</sup> CAROLINA REBORDÃO NUNES, “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

<sup>15</sup> Para maiores desenvolvimentos a este propósito *vide* o ponto denominado “Linhas de investigação inovatórias”, página 11, da presente dissertação.

Para este efeito do tratamento dogmático do tema da inalegabilidade de nulidades formais, a presente dissertação estruturar-se-á da seguinte forma:

(i) Desenvolvimento de alguns dos tópicos fundamentais e incontornáveis para o estudo do tema em causa, sobre os quais inclusivamente nos tínhamos pronunciado em estudo anterior em termos meramente sucintos;

(ii) Alteração da nossa posição em relação a algumas questões por nós anteriormente analisadas a propósito do tema subjacente ao presente trabalho;

(iii) Análise de inúmeras novas questões que se mostram relevantes para o estudo do tema da inalegabilidade de nulidades formais, as quais são inovatórias face às questões por nós anteriormente analisadas, como também são inovatórias face a trabalhos desenvolvidos pela doutrina nacional até à presente data - a propósito do tema da inalegabilidade de nulidades formais.

As linhas inovatórias de investigação que serviram de base à presente dissertação, e que como tal nela se encontram reflectidas, são de suma importância para a análise do tema da inalegabilidade de nulidades formais. Tais linhas inovatórias de investigação estão intrinsecamente ligadas ao objecto do presente estudo e como tal não são desconexas ou dissociadas do mesmo, na medida que, em nosso entendimento, é de toda a importância a análise da viabilidade da aplicação do princípio da tutela da confiança como limite à invocação de nulidades formais aos casos por nós analisados. Em concreto, cremos ser de suma importância analisar a aplicabilidade do princípio da tutela da confiança como forma de paralisar a invocação de nulidades formais aos seguintes casos:

- Estarem em causa contratos reais;
- Estarem em causa contratos celebrados com consumidores;
- Estarem em causa interesses de terceiros;

Ora, são precisamente tais questões inovatórias que se encontrarão reflectidas na presente dissertação e que estão na base da investigação subjacente ao presente trabalho.

Além das questões acima mencionadas, analisaremos ainda a título inovatório face à nossa anterior publicação<sup>16</sup>, a evolução histórica do próprio instituto do abuso do direito, bem como diversa jurisprudência que aborda a temática da paralisação da invocação de nulidades decorrentes da preterição da forma legalmente exigida.

A análise das questões inovatórias *supra* mencionadas, são em nosso entendimento, de suma importância (e como tal muitíssimo relacionadas) com o tema subjacente ao presente trabalho, pelo que dedicaremos grande parte da presente dissertação ao seu desenvolvimento.

Em concreto, das linhas inovatórias de investigação desenvolveremos sobre a evolução histórica do abuso do direito na medida em que de tal análise resultam conclusões importantes para a modalidade da inalegabilidade de nulidades formais. Designadamente, poderemos concluir que o instituto do abuso do direito no nosso ordenamento jurídico adopta uma concepção objectiva, o que servirá posteriormente para delinear os critérios de aplicação da modalidade da inalegabilidade de nulidades formais.

Das linhas inovatórias de investigação desenvolveremos também sobre a viabilidade da aplicação da modalidade da inalegabilidade de nulidades formais quando estejam em causa interesses de terceiros (e não apenas das partes). A propósito da tutela dos interesses de terceiros, analisaremos a questão dos direitos adquiridos por via do direito registal e quais as eventuais incompatibilidades que poderiam surgir com a aplicação da modalidade da inalegabilidade de nulidades formais.

Desenvolveremos ainda sobre a viabilidade da aplicação da modalidade da inalegabilidade de nulidades formais quando estejam em causa contratos reais. A este propósito analisaremos se a modalidade da inalegabilidade de nulidades formais pode assegurar apenas a manutenção dos efeitos obrigacionais dos contratos, ou se por sua vez poderá também assegurar a manutenção dos efeitos reais dos contratos. Para este propósito de averiguar a aplicabilidade da modalidade da inalegabilidade de nulidades formais analisaremos, individualmente, as características dos seguintes contratos:

---

<sup>16</sup> CAROLINA REBORDÃO NUNES, “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

- Contrato de compra e venda;
- Contrato de troca (permuta ou escambo);
- Contrato de doação;
- Contrato de mútuo.

Adicionalmente, no âmbito das linhas inovatórias de investigação desenvolveremos sobre viabilidade da aplicação da nossa proposta de solução para a inalegabilidade de nulidades formais quando estejam em causa contratos com consumidores. Analisaremos a possibilidade de o princípio da tutela da confiança paralisar a invocação de nulidades formais quando estejam em causa contratos (celebrados com consumidores), em que a forma legalmente exigida é especialmente imposta com o propósito de salvaguardar os interesses da parte (presumivelmente) mais débil.

Por fim, analisaremos diversa jurisprudência. Análise que se justifica pelo facto de a mesma ter um papel fundamental na criação de soluções para a problemática da inalegabilidade de nulidades formais, bem como na concretização de conceitos indeterminados como “boa-fé”, “abuso do direito” e “tutela da confiança”. Os Tribunais têm, inclusivamente, desenvolvido mais que a própria doutrina possíveis soluções para esta questão. Como veremos, diversa jurisprudência tem seguido a orientação da paralisação da invocação de nulidades formais através do recurso ao instituto do abuso do direito. Devido, inclusivamente, à vinculação dos Tribunais ao princípio da igualdade analisaremos várias decisões dos Tribunais portugueses sobre a matéria que é o objecto da presente dissertação, de forma a encontrar um critério de decisão para casos semelhantes.

## CAPÍTULO I

### O abuso do direito e a sua relevância no âmbito da “inalegabilidade de nulidades formais”

#### 1. Considerações gerais sobre o instituto do abuso do direito

Como teremos oportunidade de explicar mais adiante, partilhamos da posição doutrinária que enquadra a possibilidade de paralisar a invocação da nulidade decorrente da preterição da forma legalmente exigida no instituto do abuso do direito, sendo inclusivamente a “inalegabilidade de nulidade formal” uma modalidade de tal instituto.

Por este motivo, para melhor compreender em concreto a modalidade da “inalegabilidade de nulidade formal”, cremos ser importante em primeiro lugar analisar o próprio instituto do abuso do direito em termos gerais. Só partindo de tal análise do instituto do abuso do direito em termos gerais, cremos ser possível delinear as matrizes subjacentes à modalidade objecto do presente estudo, ou seja, da inalegabilidade de nulidades formais.

A expressão “abuso do direito” deve-se a LAURENT, autor belga, tendo sido criada para nominar uma série de situações jurídicas ocorridas em França, nas quais o Tribunal reconhecendo na questão de fundo a excelência do direito do réu, acabou por condenar perante irregularidades no exercício desse direito<sup>17</sup>.

O artigo 334.º do Código Civil português consagra expressamente o instituto do abuso do direito no nosso ordenamento jurídico, e dispõe o seguinte: “*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”.

---

<sup>17</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in *Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, pp. 670 e ss.

Na actualidade a doutrina tem tipificado os exercícios inadmissíveis de posições jurídicas<sup>18</sup>, recorrendo à seguinte terminologia<sup>19</sup> (comumente designadas como “modalidades” do instituto do abuso do direito):

(i) *Exceptio doli* ou excepção do dolo: traduz-se no poder reconhecido a uma pessoa de paralisar a pretensão de certo agente quando este pretende prevalecer-se de sugestões ou de artifícios não permitidos pelo direito.

(ii) *Venire contra factum proprium*: traduz-se na proibição de contradizer o seu próprio comportamento, quando tal contradição implique a violação de princípios fundamentais de direito.

(iii) Inalegabilidade de nulidades formais: expressa a situação em que a nulidade derivada da falta de forma legal, de determinado negócio jurídico, não possa ser alegada sob pena de se verificar “abuso do direito”.

(iv) *Supressio e Surrectio*: qualquer situação jurídica que, não tendo sido exercida, em determinadas circunstâncias e por um certo lapso de tempo, não mais possa sê-lo.

(v) *Tu quoque*: exprime a regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode depois, sem abuso, prevalecer-se da situação daí decorrente, exercer a posição violada pelo próprio ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada.

(vi) Desequilíbrio no exercício: este corresponde a um tipo extenso e residual de actuações inadmissíveis por contrariedade à boa-fé.

Para efeitos de uma melhor compreensão da modalidade da “inalegabilidade de nulidades formais”, conforme já referimos, cremos ser essencial conhecer quais os motivos que fundamentam a origem do próprio instituto do abuso do direito em termos gerais. Em nossa opinião, compreendendo as razões subjacentes à teorização do

---

<sup>18</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 239 e ss.

<sup>19</sup> Definições avançadas por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, pp. 719 e ss.



instituto do abuso do direito, e que estiveram evidentemente na sua origem, melhor se delinearão os contornos de todas as suas vertentes ou modalidades, nomeadamente, da inalegabilidade de nulidades formais.

Pelo exposto, faremos uma breve análise sobre a evolução histórica do instituto do abuso do direito, em termos gerais, para em seguida analisarmos em concreto a modalidade da “inalegabilidade de nulidades formais”.

Conforme refere o Ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a doutrina motivada em parte pela jurisprudência, a qual tem de dar resposta a situações muito concretas, e motivada também pelo fascínio da expressão muito sugestiva de “abuso do direito”, apresentou-se a investigar os antecedentes históricos deste instituto jurídico<sup>20</sup>.

A propósito dos antecedentes históricos do abuso do direito vão sendo avançadas várias teorias, sendo que a origem deste instituto em termos cronológicos não é líquida. Porém, o elemento que cremos não ser discutível é o propósito de o instituto do abuso do direito visar atenuar a rigidez do formalismo, honrando assim a justiça material. Ora, este é o fundamento que está subjacente ao instituto do abuso do direito e que não poderá ser esquecido aquando da análise das suas modalidades, incluindo da modalidade “da inalegabilidade de nulidades formais”.

## **2. Sobre a recepção no Direito romano**

É discutida na doutrina a origem histórica do instituto do abuso do direito, havendo autores que negam a sua origem no Direito romano e outros que a defendem.

Para o estudo desta temática é necessário ter em consideração o designado “espírito do Direito romano”.

---

<sup>20</sup> In *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, p. 671.

## 2.1 A teoria do abuso do Direito e a História do Direito: remontará a sua génese histórica ao *ius romanum*?

O tema que nos propormos tratar na presente dissertação assenta no instituto do abuso do direito. Importa, antes de prosseguirmos para o estudo da dogmática e regime jurídico, considerando o Direito Civil vigente em Portugal, traçar, ainda que em termos sucintos, o percurso histórico de tal instituto. Porque o Direito *que é (ou que está)* é sempre de uma vivência sedimentada ao longo de séculos, ou seja, do Direito *que foi* (ou que *esteve*)<sup>21</sup>. Antes de mais, importa analisar a discutida recepção da teoria do abuso do direito no *ius romanum* – para tal, cumpre tomar posição sobre a eventual compatibilidade do instituto do abuso do direito com os quadros conceptuais do Direito romano. Neste sentido, iremos ter em conta os elementos característicos e identitários do sistema jurídico romano. Identificado nestes termos o nosso escopo, entendemos que o ponto de partida não deverá corresponder aos princípios e métodos dos sistemas jurídicos actuais; antes, serão os vectores essenciais em que assenta o “espírito do Direito romano”<sup>22</sup>.

Com efeito, o que interessa para a investigação da origem, do instituto em causa no Direito romano é muito claro: estudar as fontes de Direito romano, e os autores que já labutaram na sua interpretação, de forma a concluir pela existência ou não de limites ao exercício de direitos, tutelando interesses de terceiros.

Como escreve o Professor EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, “não se pode, por isso, em termos de docência do Direito romano, diluir o imenso conteúdo normativo do *ius Romanum* numa ideia de Direito, reduzindo-o, por abstracção, ao Direito Natural”.

Este ilustre romanista da Escola de Lisboa vai ainda mais longe na crítica (ou mesmo denúncia) do que considera ser a identificação, incorrecta e desprovida de utilidade pedagógica e científica, de identificação entre o *ius romanum* e os direitos nacionais contemporâneos. De facto, acrescentando que “as escolas racionalistas, negando a

---

<sup>21</sup> Neste sentido, salientando a relevância do elemento histórico na compreensão-interpretação de institutos jurídicos vigentes no Direito Civil contemporâneo, v. por todos, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direitos Reais*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 33 e ss.

<sup>22</sup> A expressão evoca a obra de RUDOLPH JHERING, *O Espírito do Direito Romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*, Alba, Rio de Janeiro, 1943.

identidade entre *ius Romanum* e *ratio scripta*, permitiram aos partidários dos direitos nacionais, codificados ou de base consuetudinária, argumentar no sentido de que o romanismo permitia o imperialismo e só o germanismo possibilitava a afirmação jurídica das nacionalidades europeias”<sup>23</sup>, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO propõe uma abordagem centrada no “espírito do Direito Romano”, na *ars inveniendi* tão própria dos *iurisprudentes* romanos. Aí residiria a genialidade dos juristas romanos. Fundar o estudo do Direito Romano apenas nas decisões do poder político, nas regras ditadas por aqueles que detinham o *imperium*, será persistir no erro de confundir Direito com lei. Será valorizar a crescente identificação do Direito com instrumentos de coerção mantidos por uma “comunidade de intérpretes”<sup>24</sup> autómatos.

O *ius romanum* é o direito da justiça do caso concreto, da sapiência e sensibilidade social. Não serve teorizações abstractas ou a vontade das maiorias políticas que tentam subalternizar a actuação da *iurisprudentia*: a diversidade das suas fontes, a sua capacidade de flexibilidade e adaptação às novas exigências da comunidade, provam a vitalidade e o contributo do Direito romano para uma comunidade fundada na *iustitia*.

Como defende o mesmo ilustre romanista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em obra mais recente, o Direito romano ministrado nas escolas de Direito centra-se excessivamente na fase justinianeia, marcada pelo formalismo e pela rigidez – menosprezando, pois, a aplicação da justiça do caso concreto e o labor interpretativo-decisório dos *iuriprudentes*. Nas fases anteriores do Direito Romano, ficava evidente a distinção entre *ius* e *derectum*: assim, regra jurídica dever-se-ia distinguir da regra emanada do poder político, da decisão que era produzida no exercício de poderes de *imperium*. Pelo contrário, a regra jurídica deveria ser formulada tendo em conta critérios de decisão susceptíveis de aplicação a casos diferentes, iguais ou parecidos, permitindo uma “formulação única para o que é comum”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Curso de Direito romano*, Volume I, Principia Editora, Cascais, 2009, p. 88.

<sup>24</sup> Esta expressão remonta o ensinamento de PETER HÄBERLE, *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

<sup>25</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Lições de História do Direito Romano, I- Síntese Geral*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 21.

Pois bem, é nas decisões dos aplicadores do *ius romanum*, no trabalho dos *iurisprudentes*, nos comentários às fontes de Direito romano que poderemos encontrar as manifestações da teoria do abuso do direito. Não no desenvolvimento científico apurado, formulando uma verdadeira dogmática, ou na sistematização do ordenamento jurídico: não é no formalismo jurídico, mas no compromisso com a Justiça que os romanos sempre revelaram que encontramos uma resposta para esta interrogação académica<sup>26</sup>. Neste sentido, a proibição de abuso do direito seria uma decorrência dos imperativos de justiça material contra as fórmulas cristalizadas em textos que, frequentemente, apenas prolongam injustiças. O *ius romanum* pautar-se-ia pela elevação do *Direito* (ou ao Direito, ao *ius*) à Justiça (*iustitia*) – com a consequente rejeição da elevação da lei (da *lex*) ao Direito. Direito injusto não seria Direito; quanto muito, a lei injusta (*lex iniusta*) seria “direito legislado”, fruto do poder político (*derectum*), mas não “Direito justo” (*ius*). E o abuso do direito é, indubitavelmente, uma manifestação de Justiça material, de ponderação das circunstâncias do caso concreto: o abuso do direito, não obstante a sua consagração legal, é essencialmente fruto do desenvolvimento do trabalho científico da doutrina e do labor dos intérpretes, com destaque para a jurisprudência

### **2.1.1 Teses negacionistas da recepção do abuso do direito no Direito romano; fundamentos e críticas**

Procurando a identificação de institutos avulsos onde, com um certo casuísmo, decorreria a ideia de abuso no exercício de posições jurídicas a doutrina que se pronuncia sobre a matéria tem indicado as seguintes figuras conhecidas do *ius romanum*: a *aemulatio*, a *exceptio doli* e a regulação das relações de vizinhança<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Como escreve RUI GUERRA DA FONSECA, “além da abordagem histórica de tipo cronológico-evolutivo, do estudo das instituições, classicamente o ensino universitário do Direito romano surge vocacionado para a compreensão das estruturas dogmáticas do direito privado. As principais escolhas variam entre o Direito das Obrigações e os Direitos Reais, e conduzem a conclusões de paralelismo de estrutura entre o direito privado moderno e o Direito romano” in Notas sobre o ensino do Direito romano, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLIV, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2003, p. 146.

<sup>27</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, p.673.

Entre nós, importa analisar os ensinamentos marcantes do Professor ADRIANO VAZ SERRA<sup>28</sup> quanto à consagração do instituto do abuso do direito em Roma. Este autor ensaiou a possibilidade de os actos emulativos (a primeira área apontada como possível antecedente linear do abuso do direito) terem sido proibidos no Direito romano: donde, se imporia concluir pela imanência de uma ideia de proibição do exercício abusivo de direitos fazendo decorrer daqui a génese da ideia que a moderna ciência do Direito identificaria como a teoria do abuso do direito.

Isto num contexto em que é praticamente unânime que a doutrina do abuso do direito, em matéria de propriedade, procurava, além de limitações particulares positivas, descobrir uma limitação geral ao exercício desse direito: ou seja, já então se procurava afirmar que o direito de propriedade (e outros direitos reais já conhecidos e elaborados nos quadros próprios do Direito Romano) não era um direito absoluto, no sentido de direito ilimitado.

Neste contexto, duas concepções vieram a ser usualmente apontadas pela doutrina: uma concepção objectiva, devida sobretudo a IHERING, segundo a qual são interditos ao proprietário aqueles actos que excedem o uso normal do exercício do direito de propriedade; e uma concepção subjectiva, que pretende interditar aqueles actos realizados pelo proprietário, apenas motivados pelo fim de prejudicar outros proprietários, sem de tais actos resultarem, no entanto, para si, proveitos ou benefícios (ou obtendo apenas um proveito insignificante face ao prejuízo real e superior para o lesado). Esta última orientação não exigia a intenção de prejudicar<sup>29</sup>: bastaria a simples culpa para responsabilizar o proprietário que actuou abusivamente. Trata-se, aliás, de uma querela ou divisão doutrinária que haveria de persistir na evolução do instituto ora abordado.

Tendo presente aquela querela doutrinária histórica, VAZ SERRA toma posição no sentido de que o problema dos actos *ad aemulationem* se inclui dentro da questão do abuso do direito na sua concepção subjectiva. O ponto relevante era, assim, apurar se o Direito romano teria proibido os actos do proprietário com intenção de prejudicar

---

<sup>28</sup> ADRIANO VAZ SERRA, Os actos emulativos no Direito romano, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 10, 1926, pp.529-553.

<sup>29</sup> ADRIANO VAZ SERRA, Os actos emulativos no Direito Romano, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 10, 1926, p. 529.

terceiros (sem obter para si benefícios mais ou menos significativos). Poderemos enumerar as seguintes características que permitiam identificar o acto emulativo<sup>30</sup>:

1º- acto normalmente compreendido no direito, mas com o propósito de prejudicar outrem;

2º- falta de vantagem ou vantagem insignificante para quem o pratica;

3º- prejuízo causado a outrem.

VAZ SERRA realça que são muitos os textos de Direito Romano que constituem os fundamentos em que se baseiam os autores que defendem uma das posições, isto é, que ora defendem a existência de proibição dos actos emulativos no Direito romano, ora a rejeitam. Isto tanto no Direito clássico, como no Direito justinianeus, havendo até alguma doutrina que defende que o Direito romano sempre tolerou a prática de actos emulativos<sup>31</sup>. VAZ SERRA, no entanto, opta por analisar somente os textos romanos que considera mais relevantes, procurando concluir se de tais fontes de Direito Romano se poderá provar a consagração da proibição de actos emulativos.

Assim, inicia pela exclusão da interpretação segundo a qual decorre uma proibição dos actos emulativos na L.3 D.50,10 (“*Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis praebeat vel circum theatrum vel amphitheatrum ...*”). Isto porque (segundo VAZ SERRA) a expressão *ad aemulationem*, neste fragmento, em nada respeita à doutrina dos actos emulativos: reporta-se apenas à proibição de construção de obras novas e edifícios de utilidade pública quando feitas com o espírito de rivalidade entre cidades<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> ADRIANO VAZ SERRA, Os actos emulativos no Direito Romano, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 10, 1926, p. 530.

<sup>31</sup> Neste sentido SCIALOJA, que defendia que a *aemulatio* só seria reprimida se os actos em causa fossem subsumíveis a outros limites objectivos do Direito, *Aemulatio* (1892), *Studi giuridici III – Diritto privato*, Roma (1932), pp. 216-259. Em sentido contrário pronunciou-se RICCOBONO, como veremos mais adiante, apontando essencialmente textos onde os actos emulativos seriam condenados, *La teoria dell’ abuso di diritto nella dottrina romana*, in *Buletino Del Instituto di Diritto Romano*, n.º 46, 1938, p.9.

<sup>32</sup> ADRIANO VAZ SERRA entende que neste fragmento estamos perante uma disposição de direito público que pretende evitar a rivalidade entre cidades e não um limite ao direito de propriedade, in *Os actos emulativos no Direito Romano*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 10, 1926, pp. 533-534.

Prosseguiu com a análise da regra de Nov. 63 (ZENO e JUSTINIANO) onde se estabeleceu que as construções não poderiam elevar-se além de 100 pés e que não poderia construir-se a uma distância inferior a 100 pés de outras casas, que com tal construção se perdesse a vista do mar. Com tais impedimentos rapidamente se começou a verificar uma fraude à lei construindo-se muros para retirar a vista do mar, podendo-se assim construir livremente. Também aqui ADRIANO VAZ SERRA nega uma consagração da proibição dos actos emulativos, pois não se tratavam de actos apenas com intuito de prejudicar terceiros, sendo o objectivo normativo neste caso o de proibir a fraude à lei e não o de proibir actos com base na existência de uma intenção de prejudicar outros, sem proveito próprio<sup>33</sup>.

Afasta-se ainda a possibilidade de consagração da regra geral de proibição de actos emulativos no § 2 Inst. I, 8 em que se previa que o proprietário de um escravo é obrigado a vendê-lo em caso de maus tratos: este gera uma ampla controvérsia pois parece enunciar o princípio geral de que são proibidos os actos emulativos, já que não resultaria nenhum benefício próprio (isto é, para o titular do direito que o exerce) do mero prejuízo infligido a um escravo. Nestes termos, ADRIANO VAZ SERRA conclui que tal disposição não pretendeu formular um princípio jurídico, limitando-se a uma enunciação de um princípio moral que justificava a proibição de sevícias sobre escravos<sup>34</sup>.

Relativamente aos textos mais importantes, aqueles que são mais favoráveis à doutrina dos actos emulativos, tanto no Direito clássico como no Direito justiniano. Para VAZ SERRA, não obstante a relevância destes textos, eles não permitem concluir pela afirmação do instituto do abuso do Direito no *ius romanum*. Dos cinco fragmentos que analisa, quatro são relativos à matéria de águas e um relativo ao *jus tollendi*.

---

<sup>33</sup> ADRIANO VAZ SERRA, Os actos emulativos no Direito Romano, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 10, 1926, p. 534.

<sup>34</sup> ADRIANO VAZ SERRA, Os actos emulativos no Direito Romano, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 10, 1926, p. 535.

O autor vem em sentido contrário a PERNICE, WINDSCHELD, ANCONA, e DERNBURG<sup>35</sup>, recusar a existência da proibição de actos emulativos no direito clássico. No seu entendimento, no direito clássico, vigorava o princípio de que o proprietário, encontrava-se habilitado a realizar todos os actos que entendesse, respeitando os devidos limites legais – desde que de tais actos não resultasse um *immissio*.

Como tal, o direito do proprietário, no Direito clássico, era amplo e livre, não se registando qualquer limitação para além da *immissio*. O autor afirma ainda que, no Direito clássico, mesmo em matéria de águas este reconhecia uma maior liberdade ao proprietário, pelo que a teoria segundo a qual os actos emulativos teriam sido proibidos no Direito clássico fica desde já excluída pelo autor.

Com efeito, em matéria relativa a águas, a única limitação ao seu aproveitamento viria da época justinianeia. Todavia, o autor, não vislumbra a proibição de tais actos, adiantando a razão para a posição que defende só em dois fragmentos (L.1 § 12 e L.2 § 9)<sup>36</sup>, onde se faz referência ao *animus nocendi* é que seria possível discutir a proibição de actos emulativos. Não obstante, VAZ SERRA acaba por negar tal consagração: dois fragmentos seriam insuficientes para afirmar a consagração de uma proibição geral.

VAZ SERRA afirma, pois, que, nas fontes de Direito Justinianeu em que não se faz referência ao *animus nocendi*, o que o legislador implementou foi um critério objectivo: se há ou não dano para o proprietário vizinho, desconsiderando-se se o proprietário actuou (ou não) com intenção<sup>37</sup>. Ora, havendo dano, esse acto seria ilícito independentemente de haver intenção de prejudicar<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> ADRIANO VAZ SERRA *Os actos emulativos no Direito Romano*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 10, 1926, pp. 531 e ss.

<sup>36</sup> O que estes fragmentos dizem é que o proprietário não pode cortar a água ao vizinho ou desviar corrente do prédio deste, se pratica tais actos com intenção de prejudicar o proprietário vizinho e não com a intenção de tirar benefícios de tais actos: *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit* (L.1 § 12); *si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat* (L.2 § 9).

<sup>37</sup> Discordando, neste ponto, de ROTONDI, para quem a intenção era um elemento essencial para paralisar a actuação (abusiva) do proprietário, v. L' abuso di diritto, *Rivista di Diritto Civile*, 1923, pp. 108-110.

<sup>38</sup> ADRIANO VAZ SERRA *Os actos emulativos no Direito Romano*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 10, 1926, p. 539.



Relativamente aos dois fragmentos de fontes de Direito justinianeu que fazem referência expressa ao *animus nocendi*, o autor não vislumbra, também neles, a possibilidade de consagração da doutrina dos actos emulativos. Como sabemos, para o acto ser emulativo é necessário que seja com a intenção de prejudicar e ainda que daí não se retirem benefícios ou sejam estes insignificantes.

Assim, entende VAZ SERRA que não faria sentido o legislador ter consagrado uma proibição de se prejudicar o vizinho, ainda que daí se retirem vantagens. Isto porque tal seria limitar drasticamente, quase inutilizando na prática, o direito de propriedade. Tal seria contrário aos valores individualistas do Direito Romano. Consequentemente, a censura jurídica dos actos emulativos não resultaria destas fontes de *ius romanum*.

Este autor acrescenta, ainda, que o *animus nocendi* não era o elemento essencial para a acção. Isto é, perante a pergunta segundo a qual a acção só seria concedida se houvesse intenção de prejudicar, VAZ SERRA responde negativamente: isto porque tal doutrina não faria sentido, na medida em que a simples intenção não desqualifica, inevitável e automaticamente, uma certa conduta. O que se censurava era a actuação objectivamente considerada.

Conclui o autor que, mesmo se essa intenção de prejudicar não existisse, o legislador presume-a existente para efeito de conceder a *actio doli*, bastando para tal que o autor do acto dele não retirasse benefícios. Não seria pois, a existência do *animus nocendi* o que determinava a possibilidade da *actio doli* na medida em que o aproveitamento das águas não poderia estar dependente da intenção ou não de prejudicar outros. Nem mesmo nestes fragmentos se poderá concluir pela consagração da doutrina dos actos emulativos<sup>39</sup>: eis a conclusão de VAZ SERRA.

Desta forma, para o Professor da Escola de Coimbra, a concepção subjectiva do abuso do direito, mais concretamente a proibição de actos *ad aemulationem*, encontrava-se

---

<sup>39</sup> Em sentido contrário PACCHIONI, que vê na excepção “*malitiis non est indulgendum*”, do fragmento L.38 D.6,1 (“*se o possuidor é demandado para entrega de coisa possuída, ele em certos casos goza de jus tollendi, do direito de tirar as acessões, salvo quando o proprietário lhe ofereça pagar-lhe quanto poderia obter por elas, vendendo-as*”) o melhor argumento para defesa da doutrina de que os actos emulativos foram proibidos no direito justinianeu e não só nesta matéria do *jus tollendi*, mas em geral nos vários domínios da propriedade, ADRIANO VAZ SERRA, *Os actos emulativos no Direito Romano*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 10, 1926, pp 550-551.

ausente do Direito romano, como demonstram as suas fontes. A proibição de actos emulativos no *ius romanum* seria de excluir quer como princípio geral, quer como limitações específicas de direitos, designadamente de direitos reais.

Outro dos expoentes doutrinários que mais estudou esta matéria foi o Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. Na sua tese de doutoramento, o civilista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa situa o nascimento da expressão “abuso do direito” na ordem jurídica francesa, pelo autor belga LAURENT. No entanto, o autor nota que as pesquisas histórico-críticas sobre a figura do abuso do direito, reconduzem o nascimento deste instituto a fórmulas de Direito romano<sup>40</sup>.

Contudo, as manifestações de abuso do direito no *ius romanum*, no entendimento da doutrina maioritária, resultariam de uma delimitação pela negativa do exercício dos direitos: ou seja, através da limitação do princípio geral de *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur* (GAIUS, D. 50.17.55)<sup>41</sup> por regras gerais de sentido contrário ou outros institutos específicos mais restritivos<sup>42</sup>. Daqui não resultava, no entanto, uma regra geral de inadmissibilidade jurídica de exercício de posições jussubjectivas<sup>43</sup>.

Especificamente no que respeita à *aemulatio*, MENEZES CORDEIRO conclui no sentido de que o reconhecimento da consagração de uma proibição geral de actos emulativos tinha fraco apoio nas fontes: faltava, nas palavras deste autor, quer essa consagração geral nos textos de Direito romano, quer “uma acumulação de casos específicos que, por unidade explicativa, justificasse o recurso à consagração geral hipotética”. Neste ponto, poderemos concluir que o ilustre Professor da Escola de Lisboa acolhe as conclusões de VAZ SERRA.

---

<sup>40</sup> In *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, pp. 670 e ss.

<sup>41</sup> Isentariam o titular de direitos de quaisquer responsabilidades por danos emergentes do respectivo exercício.

<sup>42</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, p. 672. Outra fórmula referida é a de ULPIANUS, D.43, 29, 3.2: *quia dolo mao non videtur habere, qui suo iure utitur* e de PAULUS, D. 50.17.55.1-2: *Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinária actione expeditur*.

<sup>43</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, tal como VAZ SERRA, aponta três exemplos como manifestações do instituto do abuso do direito: a *aemulatio*, a *exceptio doli* e a regulação das relações de vizinhança.

Assim, no Direito romano, não se elaborou uma teorização geral sobre actos *ad emulationem*, tendo-se apenas alargado um elenco de actos tidos como emulativos, sobretudo no domínio das relações de vizinhança. Esta articulação – acrescenta o Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – era empírica, e não teórico-científica<sup>44</sup>.

Já quanto à *exceptio doli*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO advoga que esta se pode reconduzir a um vector de justiça material no Direito romano, sublinhando no entanto que, embora possa estar associada à *bona fides*, tal não permite falar nem de generalização da *exceptio doli*, “nem de um uso específico ou, sequer, institucionalizado da *exceptio* para enfrentar o exercício irregular do direito”.

Finalmente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO discute a aplicação, já no Direito romano, do instituto do “abuso do direito” nas relações de vizinhança. Admitindo que as relações de vizinhança são uma área privilegiada de aplicação do abuso do direito (seja em Roma, seja em França no século XIX, seja na actualidade), a verdade é que estas não constituem um ramo jurídico *a se*. As relações de vizinhança seriam, pois, apenas limites negativos ao direito real de propriedade, sem que fosse necessário construir uma “teoria” do abuso do direito. Tais limitações não seriam externas ao direito: antes integravam o seu próprio conteúdo.<sup>45</sup>

Conclui, assim, MENEZES CORDEIRO que a “criação e a utilização do termo “abuso do direito”, para designar semelhante evidência, é, teoricamente, pobre e, por unificar fenómenos diversos, até inconveniente; praticamente é, pelo menos, inútil”<sup>46</sup>. No âmbito do abuso do direito poderiam somente estar reservados domínios não previstos por limitações expressas ao exercício dos direitos, ainda que tais limitações fossem

---

<sup>44</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, pp. 674-675. Escreve ainda este Autor que a “*boa-fé pelas limitações próprias em todo o período a que se reporta esta problemática e pela impossibilidade cultural de, então surgir uma doutrina geral de actos emulativos não teve qualquer papel científico nos comportamentos ad aemulationem*”.

<sup>45</sup> De facto, segundo o ilustre Professor da Faculdade de Direito de Lisboa, as limitações ao direito real impostas por relações de vizinhança não são algo externo a esse mesmo direito: essas imitações inscrevem-se no conteúdo do direito real, traduzindo a sua inobservância “o extravasar do conteúdo formal do direito, com violação directa da norma limitativa” in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, pp. 674-675.

<sup>46</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, V. nota rodapé anterior.

meramente implícitas contudo, tais interdições impostas por considerações de justiça material acabariam por constituir situações típicas de *exceptio doli* ou na *aemulatio*.

Conclui, pois, MENEZES CORDEIRO no sentido de que o instituto do abuso do direito não obteve acolhimento geral no Direito romano, nem mesmo sob terminologia diversa. Os casos específicos que analisámos atrás também não poderão ser considerados como “antecedentes lineares” do abuso do direito: ainda que esses institutos “tenham enquadrado soluções materiais romanas integráveis, séculos volvidos, nos meandros das condutas abusivas, obedecem a técnicas próprias e a princípios diversos”<sup>47</sup>. Assim, escreve o autor que a consagração do abuso do direito no Direito romano é “mais do que indemonstrada, hipótese a contraditar”<sup>48</sup>.

Em estudo mais recente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO voltou ao tema da origem histórica do abuso do direito, adoptando uma posição mais favorável (ou, pelo menos, mais flexível) quanto à consagração da figura do abuso do direito em Roma<sup>49</sup>. Neste estudo, o insigne Professor acaba por indicar uma terceira via de consagração do abuso do direito em Roma: a *lide temerária*. Tratava-se de um mecanismo de sanção de práticas processuais abusivas, isto é, aquelas condutas no processo adoptadas “no sentido de prosseguirem fins *supra* ou extraprocessuais ou de procurarem provocar danos na contraparte ou em terceiros”. Esta figura acabaria por se impor por via diversa da mera sanção processual ou como regra limitativa do próprio direito de acção: pela aplicação em sede processual do abuso de direito propriamente dito (de natureza substantiva)<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, P. 677.

<sup>48</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, V. nota de rodapé anterior.

<sup>49</sup> Sublinhemos a definição de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO de abuso do direito: trata-se de uma fórmula tradicional para exprimir a ideia do exercício disfuncional de posições jurídicas, “isto é: de um concreto exercício de posições jurídicas que, embora correcto em si, seja inadmissível por contundir com o sistema jurídico na sua globalidade”. Desta forma, reconduz ao Direito romano a origem de três figuras que visam censurar o exercício ilícito, porque excessivo ou contrário aos seus fins, de posições jurídicas: a *aemulatio*, a *exceptio doli* e *temeritas* processual, in *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “in AGENDO”*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 89.

<sup>50</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “in AGENDO”*, Almedina, Coimbra, 2014, p.91.

Na doutrina jurídica brasileira anterior ao Código Civil de 1916, as referências ao abuso do direito limitavam-se à lide temerária, baseando tal entendimento na experiência do *ius romanum*<sup>51</sup>.

### 2.1.2 Teses favoráveis à consagração da teoria do abuso do direito no Direito romano; argumentos e apreciação

A *bona fides* sempre foi um valor estruturante e marcante do *ius romanum*.

Entre nós, em defesa da consagração limitada do abuso do direito no direito romano, pronunciou-se NEUZA LOPES<sup>52</sup>, para a qual o instituto do abuso do direito decorre da necessidade sentida pelos romanos de impedir que o exercício dos direitos individuais pudesse ser o *pretexto* e o *contexto* para prejudicar as posições jurídicas de terceiros ou interesses da sociedade. Escreve esta autora – em texto alusivo à importância do abuso do direito em sede de propriedade industrial – que “desde o direito romano que é sentida a necessidade de obstar à verificação de soluções materialmente injustas, ainda que não censuráveis por via das normas legais existentes”. Dá como exemplos de concretizações do instituto do abuso do direito determinados modos de exercício de direitos, como a *aemulatio*, a *exceptio doli* e a litigância de má-fé.

Já seguindo a lição de MARTIN JOSEF SCHERMAIER, a ideia de *bona fides* já estava presente nos escritos e alegações do jurista romano Cícero<sup>53</sup>. Para o demonstrar, procede-se à enunciação de uma série de casos elucidativos.

No seguinte caso, podemos já vislumbrar a aplicação da *bona fides* como critério vector de decisões jurídicas: *augures* romanos que pretendiam avistar o céu no seu processo de reflexão e de “descodificação dos augúrios”, requerem ao proprietário de um imóvel – *Calpurnius Canarius* – que destruísse parte das suas estruturas superiores, pois impediam a vista sobre o céu.

---

<sup>51</sup> PEDRO BAPTISTA MARTINS, *O Abuso do Direito e Acto Ilícito*, 3.<sup>a</sup> edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, pp. 92-93.

<sup>52</sup> NEUZA LOPES, *A Limitação do Conteúdo do Direito de Patente pela Aplicação da Figura do Abuso de Direito*, Mestrado em Ciências Jurídicas, inédito, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Junho de 2009, p.59.

<sup>53</sup> MARTIN JOSEF SCHERMAIER, *Bona Fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law* (org: REINHARD ZIMMERMAN/SIMON WHITTAKER), Oxford, Oxford University Press, 2006.

*Calpurnius*, no entanto, optou por ignorar a indicação dos *augures* não seguindo as suas instruções, procedendo à venda do imóvel a *Claudius*, que na sua condição de novo proprietário do imóvel e em concretização da exigência dos *augures* romanos, danificou irremediavelmente o topo do imóvel.

Nesta sequência, *Claudius*, após apurar que à data da proposta contratual, *Calpurnius* já tinha conhecimento da exigência dos *augures*, omitindo-a ao comprador, pretendeu responsabilizar o vendedor pelos prejuízos causados.

*Quid juris?* Considerando apenas o *ius civile*, o vendedor só poderia ser responsabilizado pelos danos causados ao comprador decorrentes de defeitos ou limitações da coisa, caso os tivesse negado expressamente; já não por os ter sonegado.

Cícero, a propósito de limitações de coisas imóveis, invocou uma regra da Lei das XII Tábuas que declarava que só as limitações que se traduzissem numa forma de apropriação pública do imóvel (*nuncupationes*) é que poderiam gerar o direito à indemnização do comprador.

Desta forma, à luz do *ius civile*, *Claudius* não tinha fundamentos legais para sustentar o seu pedido indemnizatório pela perda que sofreu. No entanto, *Claudius*, ciente desta conclusão jurídica, não baseou a sua pretensão no *ius strictum*, antes colocou uma acção baseada na *bonae fidei iudicium*.

Tendo como fundamento a regra *quidquid dare facere apartet ex fide bona*, *Claudius*<sup>54</sup> alegou que o vendedor deve comunicar todos os defeitos da coisa, objecto do contrato, de que tenha conhecimento, no momento da celebração do negócio jurídico. A pretensão de *Claudius* acabaria por fazer vencimento, logrando o reconhecimento judicial da relevância jurídica da *bona fides*.

Em caso diverso, *Marius Gratidiamus* vendeu a *Sergius Grata* uma casa que havia vendido a outro comprador anteriormente. O primeiro comprador, entretanto, reclama a

---

<sup>54</sup> Cícero, *De officiis*, 3, 66. “Aquilo que deve dar ou fazer, segundo a boa-fé”.

propriedade da casa, invocando o negócio jurídico celebrado com *Marius Gratidiamus*. Sergius Grat reclama, em consequência, uma indemnização por danos sofridos pois não era cognoscível que adquirira uma casa objecto de litígio sobre a sua propriedade e consequente legitimidade para dispor. O advogado do vendedor – *Licinnius Crassus* - considerou que este não infringira qualquer dever decorrente da *bona fides*, na medida em que o comprador teve conhecimento da dupla disposição no mesmo momento da celebração do contrato<sup>55</sup>.

Dos casos apresentados, SCHERMAIER concluiu – que a visão de *Crassus* caracterizou-se por ser excessivamente formalista, ignorando a dimensão substantiva da *bona fides*. Seguindo Cícero, este autor, assevera que se evidencia no caso perante tais decisões, que “a *bona fides* não pode ser reduzida a uma fórmula específica ou a certas instituições legais com regras e delimitações específicas, mas constitui um princípio que pretende regular os deveres de uma situação concreta da vida social”<sup>56</sup>. A justiça material deveria, portanto, prevalecer sobre a aplicação estrita de soluções normativas formais – excesso de direito levaria a um excesso de justiça, a qual se transformaria em injustiça.

Os dois casos apresentados propõem uma certa ruptura com o formalismo do *ius civile* (*ius strictum*), concretizando os valores de justiça material, de equidade e de flexibilidade na aplicação das regras jurídicas. A justiça formal cede perante a valorização da justiça material. No mesmo sentido, PAULO LÔBO situa a origem histórica do princípio da boa-fé (equiparando-o ao abuso do direito) nos escritos de Cícero, que formulou uma primeira noção de *fides*, a qual seria o mais “fecundo” instituto do Direito Romano<sup>57</sup>.

A *bona fides* – ou, mais latamente, o exercício de posições jurídicas de acordo com os parâmetros de *bonae agere* e *fides* –iria caracterizar axiologicamente o *ius honorarium*.

---

<sup>55</sup> Curioso é que Licinnius Crassus havia defendido tese contrária no célebre caso conhecido como *causa Curiana*.

<sup>56</sup> MARTIN JOSEF SCHERMAIER, *Bona Fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law* (org: REINHARD ZIMMERMAN/SIMON WHITTAKER), Oxford, Oxford University Press, 2006, p.70.

<sup>57</sup> PAULO LÔBO, *Boa Fé entre o Princípio Jurídico e o Dever Geral de Conduta Obrigacional*, Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, Ano 3 (n.º 3), 2017, p. 976.

Na fase do *agere per formulas*, o pretor dispunha de liberdade para conceder ou negar uma *actio* baseada na violação de condutas impostas pela *bona fides*. A avaliação que o pretor deve efectuar para tomar a sua decisão baseia-se nos factos do caso que constam na fórmula (a *demonstratio*), sendo o seu julgamento final determinado pelos factos considerados provados (*intentio*). Mais do que dizer o Direito, o pretor dizia a justiça.

Assim, com o período mais florescente do *ius romanum* (com relevância crescente do *ius honorarium*)<sup>58</sup>, a *bona fides* deixou de ser um mero padrão de conduta ético ou religioso para constituir um parâmetro jurídico que os particulares devem observar nas relações que estabelecem entre si<sup>59</sup>. Mais do que uma regra jurídica, passou a constituir um critério de justiça.

Da análise da estrutura (e do respectivo procedimento) resulta claramente a distinção entre as *actiones stricti iuris* e as *actiones bonae fidei iudicia*. Através das *actiones bonae fidei iudicia* pretendia-se sancionar comportamentos considerados como fraudulentos: o *bone agere* era o inverso de comportamento fraudulento, pelo que a defesa daquele passava necessariamente pela repreensão destes comportamentos.

Note-se que alguma doutrina – como é o caso do Professor SANTOS JUSTO – entende que a divisão entre os dois tipos de *actiones* acima apresentada equivale à distinção entre os *stricti iuris negotia* e os *bonae fidei negotia*. Estes últimos correspondem aos negócios jurídicos “cujo conteúdo não está precisamente determinado por lei nem pelo acordo das partes: o devedor encontra-se obrigado a tudo o que a boa-fé exige a uma pessoa honrada, fiel, leal; portanto, a prestação versa sobre um *incertum* que o juiz deve precisar atendendo a todas as circunstâncias que se verifiquem no caso concreto”<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Por contraposição ao *Ius Romanum* da primeira época (com domínio absoluto do *ius civile*). Como escreve SEBASTIÃO DA CRUZ: “O *Ius Romanum* da primeira etapa da época arcaica é, pois, um direito fechado, privativo dos cives. Os non-cives, os estrangeiros, residentes em território romano, movem-se, nas suas relações privadas, fora da órbita do *Ius Romanum* que, portanto, era então exclusivamente *ius civile*”. Do Autor, *Direito Romano (Ius Romanum)*, Dislivro, Coimbra, 1985, p.43.

<sup>59</sup> MARTIN SCHERMAIER refere que uma acção em que se pretende a protecção do direito baseada na *bona fides* são três os elementos essenciais que carecem de alegação e prova: 1) uma conduta que substancialmente cria a expectativa de uma conduta posterior; 2) vinculatividade da obrigação, mesmo que se tratasse de uma promessa informal; 3) ponderação pelo juiz dos interesses das partes.

<sup>60</sup> A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I, Introdução e Parte Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 247.



Na fórmula destas *actiones bonae fidei iudici*, a *intentio* não se encontra determinada, devendo o juiz considerar o complexo circunstancial do caso *sub iudice*, apurando se as partes actuaram com a lealdade, a honorabilidade e a fidelidade “à sua palavra”, isto é, cumprindo as obrigações a que se vincularam pelo acto jurídico<sup>61</sup>.

No mesmo sentido, MARTIN SCHERMAIER salienta que a consagração das *actiones bonae fidei iudicia* postula dois corolários em sede processual: 1) qualquer acto doloso seria desconsiderado ou sancionado em juízo, em prejuízo da parte que causou o dolo; 2) no final do período clássico, a acção por *dolo in contrahendo* passou a ser concedida mesmo nos casos de o negócio jurídico sofrer de algum vício gerador de invalidade ou em casos de impossibilidade originária de cumprimento<sup>62</sup>.

Uma outra defesa particularmente consistente – e bem defendida – da tese que situa a génese do instituto do abuso do direito nos quadros do Direito romano pertence a SALVATORE RICCOBONO<sup>63</sup>.

Formulando, em termos gerais e perfunctórios, o seu ensinamento (que acaba por se reconduzir à sua visão sobre a *essência* e a *função* do Direito romano) de que a grande mestria dos jurisconsultos romanos foi a de conciliar o *ius singulare*, a decisão do caso concreto, com princípios gerais de Direito que derivavam já das suas concepções e decisões tomadas, numa sedimentação cujo ponto de partida se situava no *direito quiritário*.

Ora, se no âmbito do direito quiritário era visível um conjunto de regras e decisões de carácter individualista, aparentemente incompatíveis com a teoria do abuso do direito; já a partir do século II (na fase do império), verificou-se uma crescente preocupação de conciliar a liberdade do proprietário com interesses sociais, da comunidade.

---

<sup>61</sup> A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I, Introdução e Parte Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.248.

<sup>62</sup> MARTIN JOSEF SCHERMAIER, *Bona Fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law* (org: REINHARD ZIMMERMAN/SIMON WHITTAKER), Oxford, Oxford University Press, 2006, p.87.

<sup>63</sup> Iremos analisar o principal escrito deste autor, notável Professor de Direito Romano italiano, leccionando primeiro na sua *alma mater*, Universidade de Palermo, e depois na Universidade de Roma, *La teoria dell' abuso di diritto nella dottrina romana*, in *Bulletino Del Istituto di Diritto Romano*, n.º 46, 1938, p.8 e ss.

Assim, RICCOBONO depreende a proibição do exercício de posições jurídicas em termos contrários à boa-fé ou ao fim da atribuição/reconhecimento de tal posição jurídica, dos seguintes trechos do *Corpus Iuris Civilis*:

- 1) *Inst. 1, 53, Gaius: nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur;*
- 2) *155, I. R.J. Paulus: non videtur vim facere, qui suo iure utitur;*
- 3) *24, 12, D., 39, 2 Ulpianus: neque damnum tibi dari in ea re in qua iure meo sum;*
- 4) *42 pr. D.19, I Paulus: an non facit dolo qui iure perpetuo utitur?*<sup>64</sup>

Desta forma, conclui-se que no *Corpus Iuris Civilis* diversas disposições mostram que se impunha, paradigmaticamente, ao titular do direito de propriedade sobre uma coisa, limitações ao exercício do seu direito fundadas quer na proibição de causar prejuízos a terceiros (*animus nocendi*), quer no exercício do direito sem utilidade própria.

Ora, foram estes princípios (ou *critérios de conduta* matriz) que persistiram até aos nossos dias, resistindo à “erosão” da passagem do tempo, demonstração da genialidade e pragmatismo dos juristas romanos. Tais limitações acabariam por conduzir ao desenvolvimento dogmático do instituto do abuso do direito: instituto que alberga as diversas situações de exercício de posições jurídicas objecto de censura no *ius romanum*<sup>65</sup>.

RICCOBONO elenca da seguinte forma os argumentos das teses contrárias à consagração do abuso do direito no Direito romano:

- 1) a concepção do *ius romanum* como um direito exclusivamente individualista, centrado no aproveitamento da coisa por parte do titular da situação jurídica activa<sup>66</sup>;
- 2) à falta de conceptualização e dogmatização do Direito Romano, direito marcado por uma forte ligação ao caso concreto e muito vocacionado para a solução de casos concretos;

---

<sup>64</sup> SALVATORE RICCOBONO, *La teoria dell' abuso di diritto nella dottrina romana*, in *Bulletino Del Istituto di Diritto Romano*, n.º 46, 1938, p. 9.

<sup>65</sup> Ainda que sem previsão expressa em alguns ordenamentos jurídicos, o abuso do direito é um elemento imanente ao ordenamento jurídico.

<sup>66</sup> Cita a este propósito, como um dos autores integrantes deste expoente doutrinário, BONFANTE, em especial quanto ao direito de propriedade nos quadros mentais dos juristas romanos.

3) a valorização da característica do *ius romanum* de ausência de critérios gerais de decisão, designadamente do que se convencionou designar, na moderna ciência jurídica, *princípios gerais de Direito*<sup>67</sup>.

São, pois, argumentos baseados na caracterização de um certo período do Direito romano que fundamentam a refutação do acolhimento da teoria do abuso do direito pelos juristas romanos.

Note-se, no entanto, que o direito quiritário não apresentava uma feição exclusivamente individualista: RICCOBONO não rejeita ou infirma a ausência da proibição de actos contrários à boa-fé ou de actos emulativos na fase do *Direito romano quiritário*. De facto, o espírito desta fase do *ius romanum* revelava-se incompatível com qualquer limitação no exercício do direito de propriedade: vigorava a regra segundo a qual “*qui suo iure utitur neminem laedit*”<sup>68</sup>.

Todavia, o Direito romano desenvolveu-se através de uma evolução constante (lenta, mas segura), criando-se regras jurídicas inovatórias e doutrinas jurídicas desconhecidas na sua fase inicial. Especialmente, no final da República, o ritmo de desenvolvimento do *ius romanum* é acelerado, por via da interacção de novas dinâmicas, novas forças sociais que influem decisivamente na cultura e na *praxis* jurídica e nas valorações jurídicas fundamentais: estas forças conferem dinâmica à ordem jurídica romana. Mesmo as regras formais comportavam uma certa margem de ponderação (e criatividade) do intérprete.

Um exemplo elucidativo é a atribuição de relevância ao elemento psicológico como elemento de validade do negócio jurídico, o qual era desconhecido na época do direito quiritário, só acabando por se afirmar no final da República. Esta acabaria por se manter como uma regra jurídica comum aos diversos ordenamentos jurídicos, aperfeiçoando-se mesmo com o progresso da ciência do Direito.

---

<sup>67</sup> SALVATORE RICCOBONO, *La teoria dell' abuso di diritto nella dottrina romana*, in *Bulletino Del Istituto di Diritto Romano*, n.º 46, 1938, pp. 8-11.

<sup>68</sup> “Quem exerce o seu direito a ninguém prejudica”.

Além disso, foi a evolução do Direito romano, como resposta às novas exigências sociais, que favoreceu o desenvolvimento de novas estruturas jurídicas como a distinção entre as modalidades de culpa, o apuramento do conceito de *dolo*, a consideração da *bona fides* e da *mala fides* e pelo reconhecimento da *vontade* como “uma força de grande potência” catalisadora do progresso e amadurecimento de todas as instituições e doutrinas jurídicas.

Acaba SALVATORE RICCOBONO por concluir que a afirmação segundo a qual o Direito quiritário se revelou anacrônico e pouco criativo peca por falta de rigor.

Em todos os períodos do Direito romano, verificou-se sempre uma prevalência da Justiça material sobre a justiça formal; diferenciando-se, apenas, o grau de tal flexibilidade e prevalência sobre as regras formais.

Procurava-se, assim, atenuar a rigidez do *formalismo* com a aplicação da justiça do caso concreto, o que resultou na formulação de *exceptiones*, de regras especiais, que afastava qualquer ideia de “absolutidade” das regras jurídicas – e das posições por elas outorgadas aos particulares.

Ao invés de autores (maioritários) que refuta, SALVATORE RICCOBONO pretende demonstrar que a boa-fé já se constituía como um vector fundamental do sistema jurídico na época clássica<sup>69</sup>. Como um verdadeiro critério de decisão imanente ao *ius romanum*, que foi desenvolvido pelos juristas romanos na busca da *iustitia*.

Um outro exemplo prende-se com a protecção conferida ao possuidor de boa-fé, a qual não resultava, na sua íntegra, do passo de Celso, sendo, no entanto, imposta pela *aequitas*: esta, como instrumento de flexibilização das respostas do Direito aos problemas suscitados pela “vida social”, constituiu, para RICCOBONO, um grande progresso para o ordenamento jurídico em harmonia com uma concepção refinada de Justiça. Um Direito orientado para a resolução dos problemas da sociedade – e não de uma sociedade que serve o seu Direito, as suas regras formais.

---

<sup>69</sup> Cita, a este propósito, o passo de Celso: “*Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablati, fiat et potestas : neque malitius indulgendum est si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias*” (38, D., 6, I).

Por conseguinte, qualquer interpretação do trecho de Celso não poderá ignorar que ele estabelece a consagração da proibição do exercício doloso dos direitos do proprietário.

Em segundo lugar, RICCOBONO considera que a proibição de actos emulativos é uma consequência do compromisso dos *iurisprudentes* romanos com a Justiça, não reduzindo a sua função a meros intérpretes da lei em vigor: as suas descodificações do que é *justo* em cada caso concreto criam Direito (*ius*).

A distinção entre *ius* e *lex* começava, pois, a afirmar-se como uma realidade identitária do sistema jurídico. A *lex* seria o conjunto de abstracções e generalizações normativas geradas pelos titulares do *imperium*; já o *ius* seria o “conjunto harmónico de regras jurídicas” que resultam da actividade interpretativa dos jurisprudentes dotados de *autorictas*<sup>70</sup>. A jurisprudência ganhava, assim, *autorictas iuris*: vincula e dá forma à ideia de justiça da comunidade político-jurídica<sup>71</sup>.

Uma consagração adicional do abuso do direito, representou, para o Autor que ora analisamos, , a máxima das *Institutiones* de Gaius: “*mae enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio*”.

Este passo permitia – e impunha – a interdição do pródigo: o titular de um património que praticasse, sistemática e reiteradamente, actos que prejudicassem o seu próprio património. A possibilidade de interdição do exercício de actos dispositivos do seu património imposta ao titular desse mesmo património pode claramente consistir numa manifestação da proibição do abuso do direito: aquele a quem a ordem jurídica romana atribuía uma posição jurídica de vantagem não poderia exercê-la causando danos a terceiros.

Ora, a *interdictio* do proprietário de um certo património motivada pela prática de actos contra esse mesmo património, em prejuízo próprio e/ou dos seus credores, mostra que

---

<sup>70</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Lições de História do Direito Romano, I- Síntese Geral*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 21.

<sup>71</sup> SALVATORE RICCOBONO menciona, a este propósito, o passo de GAIUS, D.I, 2, que confere expressamente a qualidade de fonte de Direito romano à jurisprudência, *La teoria dell' abuso di diritto nella dottrina romana*, in *Bulletino Del Istituto di Diritto Romano*, n.º 46, 1938, p.16.

o princípio de que o exercício de um direito nunca é ilícito não é absoluto: haveria, pois, limites internos ao direito. Pelo contrário, este princípio comporta várias limitações, justificadas por motivos de ordem pública ou de interesse social.

No caso concreto do pródigo, este dispunha do direito sobre a totalidade do seu património e, logo, legitimidade para praticar actos de disposição – mas não o poderia fazer com o intuito de prejudicar a satisfação dos interesses dos seus credores.

Outra manifestação de proibição do abuso do direito no direito justiniano é encontrada por SALVATORE RICCOBONO no trecho 9, D. 2.5.1: “*Ita enim permittendum est marito aufere ornatum quod posuit si futurum est eius quod obstulit*”.

Trata-se da regulação dos poderes de intervenção do marido sobre o dote da esposa. As coisas que compõem o dote gozam da natureza de universalidade jurídica: em regra, o marido não poderá requerer a separação de bens que lhe pertençam por direito próprio adquirido pela realização do casamento ou por benfeitorias realizadas sobre bens integrantes no dote.

No entanto, o marido já poderá requerer a separação de bens incluídos no dote, se esta separação for justificada e tiver uma utilidade específica para o marido. A esposa poderá, no entanto, recusar a separação, mediante a invocação de um prejuízo sério para si decorrente desse acto. O direito do marido de materializar a separação de bens integrantes do dote não poderá, pois, revelar-se abusivo, sob pena da sua ilicitude. Ou seja, mesmo no direito da família poderíamos já encontrar manifestações da proibição do abuso do direito – o que prova que o seu âmbito excedia a limitação do direito de propriedade.

SALVATORE RICCOBONO mostra, ainda, através de outro exemplo, a pertinência da doutrina do abuso do direito no *ius romanum*: desta feita, o autor recorre ao direito de propriedade, mais precisamente para o domínio das relações de vizinhança.

Aqui se destaca a intervenção nos cursos de águas e respectiva utilização. Marcelo (*Ulpius Marcellus*), jurisconsulto romano que se destacou pelo seu agudo sentido crítico, acabou por interpretar as fontes de Direito Romano Clássico como acolhendo o

requisito da utilidade ou vantagem para o proprietário do imóvel para o exercício lícito do *ius tollendi*.

Já no caso de o proprietário intervir sobre o curso de águas sem utilidade para o próprio, apenas para provocar danos aos seus vizinhos, então o exercício do *ius tollendi* seria contrário ao *ius*, ao Direito.

Neste segundo caso, exigia-se que o proprietário tivesse actuado com *dolo*, revelado objectivamente – segundo a máxima latina “*nihil laturus nisi ut officias*” – para que se pudesse censurar o exercício do direito pelo seu titular por se revelar abusivo.

Este limite imposto ao proprietário para o exercício do *ius tollendi* contrariava, em abstracto, a regra prevista no Digesto segundo a qual “*Nullum videtur dolo facere, qui suo iure utitur*”<sup>72</sup>.

RICCOBONO conclui (do percurso argumentativo exposto) que, na época clássica, a doutrina da ausência de limitações ao direito de propriedade apresentava-se como maioritária, afastando-se, portanto, a ilicitude do *ius tollendi*: tal justificava-se por força da tradição, da própria lógica do sistema do *ius civile*, pela concepção ampla e rígida da liberdade reconhecida ao indivíduo. Por conseguinte, o direito de propriedade era considerado um direito absoluto do proprietário, no sentido de direito ilimitado, sem limites ao seu exercício pelo seu titular, o que evidencia o carácter rígido e formalista do *ius civile* e do período do direito quiritário.

Na codificação de Justiniano, acabou, no entanto, por prevalecer o entendimento defendido por Proculiano quanto aos limites do exercício do direito de propriedade privada, incluindo o exercício do *ius tollendi* (*nihil laturus, nisi ut officias*).

Tal acolhimento, todavia, foi criticado pela escola “Sabiniana”: esta advogava que o titular do direito de propriedade nunca poderia exercer o seu direito com dolo. O exercício de um direito não pode, por natureza, revelar-se contrário à Ordem Jurídica: é

---

<sup>72</sup> “Quem usa do seu direito não age com dolo”. E outros juristas romanos, como Sabiano, interpretaram esta regra como afastando a possibilidade de o proprietário actuar com dolo no aproveitamento de uma das faculdades integrantes do conteúdo do seu direito de propriedade.

sempre no interesse do seu titular. A exigência do exercício do *ius tollendi* de forma a não prejudicar terceiros contrariava o princípio do “*superficies solo cedit*”.

Não se poderia, pois, falar de dolo, de dano ou tão pouco de “violência excessiva” no exercício do direito do proprietário. O entendimento da escola Sabiniana acabaria por não vingar: a análise de outras fontes de direito tornam-na insustentável.

Com efeito, o fr. 285, D. 39,3 estabelece que: “*Quanquam tonem deficiat aquae pluviae arcendae actio, attanem opinar utilem actionem et interdictum Mihi competere adversus vicinum (...) qui factus mihi quidem frodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: hacce aequitas suggerit, et osi iure deficiamur*”.

Ora, deste fragmento decorre que o proprietário encontra-se habilitado para exercer um poder de facto sobre uma coisa de terceiro, com o requisito de que tal conduta se limite à salvaguarda de um interesse legítimo ou uma vantagem para si. Vantagem, essa que se poderia traduzir no aproveitamento (ou maximização do aproveitamento) da coisa sobre a qual incide o seu direito de propriedade<sup>73</sup>.

Se tal actuação do terceiro (designadamente do vizinho, já que o trecho acima mencionado, se aplicava sobremaneira às relações de vizinhança) se revelar injustificada ou desprovida de um interesse próprio legítimo, seria causa legítima para o proprietário da coisa danificada recorrer a uma *utilir actio*.

Mais uma vez, se comprova que a posição jurídica dos lesados por condutas que, pese embora exteriorizando um direito, acabam por se revelarem abusivas, é tutelada por via das *actiones* e da *restitutio in integrum*: a certas condutas que formalmente correspondem ao exercício de um direito, mas que se revelam, na prática, abusivas, correspondem acções para proteger o lesado. Ora, se se confere um remédio jurídico aos

---

<sup>73</sup> Discutia-se a este propósito, entre os juristas romanos, se, a título de exemplo, no caso da construção de um muro para v.g. regularização da passagem dos recursos hídricos seria possível a actuação de um terceiro, que não o proprietário da área onde o muro se situava, sobre o muro (destruindo-o, alargando, modificando, etc.). Para certa doutrina, era necessário que a construção do muro ou o obstáculo se tivesse verificado em momento anterior à aquisição do imóvel pelo proprietário actual; para outros, era necessário que o muro fosse comum e tivesse sido construído há um certo número de anos; para outros, ainda, a intervenção era sempre possível, desde que justificado por um interesse sério. V. por todos, SALVATORE RICCOBONO, *La teoria dell' abuso di diritto nella dottrina romana*, in *Bulletino Del Istituto di Diritto Romano*, n.º 46, 1938, p. 25.



indivíduos afectados pelo exercício de direitos de outrem tal significa que o princípio de que o exercício de um direito nunca poderá fundar uma ilicitude comporta múltiplas excepções, em sintonia com o espírito do Direito romano. Se o direito adjectivo confere protecção a determinada situação jurídica, então é porque o direito substantivo atribui uma posição subjectiva de vantagem.

Posteriormente, SALVATORE RICCOBONO analisa a influência da ética cristã nas soluções e concepções do *ius romanum* em especial, o seu impacto sobre a recepção e desenvolvimento do instituto do abuso do direito.

Ressalvando que a teoria do abuso do direito não resultou de uma influência directa e imediata do cristianismo sobre os quadros conceptuais do Direito romano, (como já referimos, para o autor, a teoria do abuso do direito já se manifestava no *ius romanum*). RICCOBONO salienta que o cristianismo realçou a negação de direitos absolutos, cujo exercício ficaria sempre e ilimitadamente à mercê da vontade (e caprichos) do seu titular.<sup>74</sup>

Consolidou-se, pois, na consciência jurídica da comunidade romana o reconhecimento de valores de ordem pública e de interesse da comunidade que justificam a limitação do exercício de direitos. Note-se, ainda, que a proibição do aproveitamento de posições jurídicas de vantagem em termos abusivos e de forma a prejudicar terceiros, não reveste uma índole exclusivamente ética ou moral, dispondo, antes, de verdadeiro carácter jurídico (destacam-se aqui as limitações ao direito de propriedade). De entre as regras que constituem limites ao exercício de direitos, atendendo à protecção de terceiros ou valores da comunidade, destacam-se:

- 1) *Ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in diurni moderatione (...)* - fr. 10, D. 8.2. Este passo é tido como a primeira aproximação a uma consagração geral da proibição da teoria do abuso do direito, mais precisamente dos actos emulativos;

---

<sup>74</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO escreve sobre a influência do cristianismo nos conteúdos de Direito Romano o seguinte: “ o fim das perseguições contra os cristãos, a progressiva oficialização do Cristianismo e a forte influência da moral cristã na sociedade romana, sobretudo nas elites, acabariam por entrar nas leis”, ressaltando, no entanto, que “ isso só foi possível por haver uma vontade imperial nesse sentido, procurando, por essa via, uniformizar a sociedade e combater os efeitos desagregadores e conflituais de uma presença, que persistia, das religiões orientais” in *Lições de História do Direito Romano*, AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 176-177.

- 2) *Inculpatae tutelae moderatione*, - I Cod.8.4. Limita a protecção conferida ao possuidor que esteja de boa-fé;
- 3) *Ut idoneum ventum et sufficientem and praefatum opus infringat* – I, Cod. 3, 34, versando também sobre relações de vizinhança, limitando a faculdade de construção por parte do proprietário;
- 4) *Iniquum enim visum est, voluntatem unius ex modica forte portiuncula dominii praeiudicium sociis facere* – fr. 10, D.39, 3, censurando a vontade do sócio que actue contra os interesses de outro ou outros sócios;
- 5) *Nullam lesionem ex hoc sentiat patronus* – fr. 45 D. 38.I, que estabelece uma obrigação decorrente do princípio da boa-fé, que hoje designamos por obrigação de não concorrência.

SALVATORE RICCOBONO conclui no sentido de que a proibição de actos emulativos resulta da conjugação de todas estas regras, da interpretação e da aplicação das fontes de *ius romanum*, dispensando-se, pois, a previsão expressa de um princípio geral. O imperativo de Justiça próprio do *ius romanum* conduziu a uma flexibilização das regras do *ius civile* por parte dos aplicadores do Direito, delimitando-se, desta forma, o alcance do exercício lícito dos direitos. A proibição de comportamentos abusivos encontrava-se, assim, ligada à ideia de *ius*. As faculdades de aproveitamento de determinados bens jurídicos conferidas pelo Direito não poderão significar um feixe de permissões para causar danos a terceiros: o exercício de direitos não poderá significar agressões ou perturbações de esferas jurídicas alheias. A premência social da sanção de comportamentos abusivos, ainda que formalmente no exercício de direitos, levou a que a codificação de Justinianeu viesse a acolher expressamente proibições *especiais* de exercício dos direitos contra o fim que justifica a sua atribuição ou contra interesses sociais relevantes aproveitando o labor dos juristas romanos. A cultura e a sapiência do *ius civile* clássico puderam beneficiar dos contributos dados pelos pretores urbanos e peregrinos<sup>75</sup>

A codificação de Justinianeu pretendeu cristalizar os casos mais ilustrativos e notáveis decididos pelos magistrados e jurisconsultos romanos, dotando-os de força de lei

---

<sup>75</sup> *Ius praetorium* ou *ius honorarium*, em sentido mais abrangente.

(*imperium*). Pretendia-se, assim, uma maior segurança jurídica e certeza na aplicação do Direito.<sup>76</sup>

Tal não significa, no entanto, que a doutrina do abuso do direito já se encontrava plenamente consagrada no Direito Romano: as limitações impostas ao exercício do direito decorrentes de uma ideia de boa-fé representavam apenas um conjunto de decisões casuísticas.

Para RICCOBONO, assim, no período pré-clássico, já era conhecida a expressão “dolo” (que viria a notar um extraordinário desenvolvimento nas fases posteriores), sendo censurada qualquer actuação com malícia do agente. O grau de censurabilidade era tão intenso quanto a intensidade da malícia, a má-fé, a intenção de prejudicar outrem, revelada pelo agente comitente<sup>77</sup>.

Desta forma, chegada a época clássica, a censura dos juristas romanos (e da comunidade romana em geral) face a actuações dolosas dos particulares, influenciou a evolução do seu Direito. Da ideia de malícia, ligada ao “dolo” (termo que se viria a afirmar na ciência jurídica), decorreria o critério do *animus nocendi* para aferir se a actuação do agente se traduzia num exercício abusivo da sua situação jurídica. Assim, não só se conhecia a ideia de *animus nocendi* ligada ao exercício abusivo de direitos, como esta ideia se encontrava amplamente difundida na consciência popular com reflexos na consciência jurídica dos magistrados, a qual se revelava na sua “arte” de aplicação das regras do *ius civile*<sup>78</sup>.

Em síntese: para RICCOBONO, é verdade que não se pode falar de uma doutrina com uma elaboração perfeita, sistematizada, dotada de racionalidade científica, como a codificação germânica do século XIX. Contudo, ainda que de natureza fragmentária e difusa a teoria do abuso do direito acabou por se consolidar e desenvolver no *ius romanum*, por via de um processo prolongado. Poder-se-ia, assim, concluir que não

---

<sup>76</sup> Sobre esta distinção e a evolução das fontes do Direito Romano, v. SALVATORE RICCOBONO, *Lineamento Della Storia Delle Fonti e Del Diritto Romano*, Giuffrè Editore, Milão, 1949. Este autor refere-se mesmo a uma simbiose póstuma entre o *ius civile* e o *ius honorarium*.

<sup>77</sup> Trata-se do brocardo “*male nostro iure uti*”.

<sup>78</sup> E, por esta via, a teoria do abuso do direito nasceu e cresceu dentro dos quadros próprios do *ius romanum*: “*qui suo iure utitur neminem laedit*”.

haveria a formulação de uma teoria dogmática do abuso do direito contudo, o abuso de direito era objecto de consagração legal avulsa em diversas passagens das fontes de Direito Romano<sup>79</sup>.

Concluimos, face ao que ficou exposto, pela localização histórica da origem da teoria do abuso do direito no Direito romano: não por via da formulação de um princípio geral, a qual admitimos ser discutível mas, antes, pela difusão no Direito romano de regras jurídicas que manifestavam uma oposição (e censura) clara ao exercício abusivo de posições jurídicas. O abuso do direito não se encontrava formulado enquanto teoria jurídica *a se* – tal não significa, porém, que fosse irrelevante para o *ius romanum*, muito menos que os seus corolários fossem desconhecidos para os juristas romanos. Verifica-se exactamente o contrário: uma multiplicidade de regras jurídicas em que se evidencia a consagração de uma proibição do exercício de posições jurídicas subjectivas.

### 3. Do período codificador à actualidade

A construção da teoria do abuso do direito conheceu novos desenvolvimentos dogmáticos no período codificador a partir do século XIX. Importa antes referir que entre os dois períodos históricos assinalados alguns autores já defenderam que o abuso do direito era conhecido pelo Direito muçulmano. TITO ARANTES refere que é no Direito muçulmano que encontramos os primeiros traços dominantes do abuso do direito, pois “*tratando-se dum corpo de doutrina que tende a pôr de acordo as regras de Direito e da moral, não causa espanto que nós encontremos os seus primeiros traços dominantes na civilização muçulmana, onde o Direito tinha um carácter sumamente religioso*”.

Na opinião do autor diversas disposições no Alcorão consagram a teoria do abuso do direito, v.g., “as deixas dos testamentos só eram validas se não fôsem inspiradas pelo desejo de prejudicar parentes” e “quanto ao direito de litigar recomendava-se que não se demandasse o adversário apenas com o fim de absorver consciente e injustamente uma parte dos seus bens. Dois eram os grandes princípios informadores da religião muçulmana no seu aspecto jurídico: o predomínio da idéa de caridade, sobre o de

---

<sup>79</sup> JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ, *Teoría de la Immisio*, Universidade de Oviedo – Servicio de Publicaciones, 1997, pp.9 – 12.

simples justiça; e o condicionalismo da legalidade dos actos é circunstância de que deles resultasse mais bem do que mal”<sup>80</sup>.

Acrescenta ainda o mesmo autor, em jeito de prognóstico quanto à evolução da doutrina do abuso do direito pelos ordenamentos jurídicos europeus: “mas não nos repugna crer que tempo virá em que o exercício de todo e qualquer direito será susceptível de controlo judiciário (...) a acção dum rico contra um devedor que nada tem para pagar, é repreensível a face do direito muçulmano, onde se lhe atribui a falta de motivo legítimo (...) Aqui, como na maior parte desta matéria, serão portanto o bom-senso e a intuição do juiz que em cada hipótese lhe farão ver o dano social maior: se o causado pelo exercício abusivo dum direito, se o causado pela limitação desse exercício, até aí considerado abusivo”<sup>81</sup>.

Por sua vez ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, negando a existência de uma teoria do abuso do direito no Direito romano, refere ainda que a origem de tal teoria não foi também no Direito comum. Refere o autor que no Direito comum foram largamente vedados actos por *aemulatio* – algo limitados aos conflitos de vizinhança – como também foi largamente aplicada a *exceptio doli*, porém “seria dogmaticamente incorrecto e historicamente inexacto reconduzir os elementos parcelares existentes a uma teoria geral do abuso do direito”<sup>82</sup>.

Se hoje em dia o abuso do direito pode servir como “válvula de escape” à lei positivada, obviamente que nem sempre assim o foi – desta forma não podemos procurar uma teoria do abuso do direito no Direito romano tal como a conhecemos hoje, ou até nos períodos posteriores, todavia tal não significa que a objecção a comportamentos abusivos não seja uma preocupação há muito conhecida.

Em ordenamentos jurídicos mais afins com o ordenamento português – integrantes da família jurídica da *civil law*<sup>83</sup> - o instituto do abuso do direito tem logrado um acolhimento, com algumas oscilações históricas, pacífico.

---

<sup>80</sup> In *Do abuso do direito e da sua repercussão em Portugal*, Ensaio Jurídico, Lisboa, 1936, pp.12 e 13.

<sup>81</sup> In *Do abuso do direito e da sua repercussão em Portugal*, Ensaio Jurídico, Lisboa, 1936, pp. 60 e 61.

<sup>82</sup> In *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, p.677.

<sup>83</sup> Sobre a noção de família jurídica e para uma caracterização desenvolvida das várias famílias jurídicas mais relevantes, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014,

Ora, é no Direito francês que o abuso do direito toma forma e toma-a não através da sua inserção na lei, pois o Código Napoleão não contém qualquer referência ao abuso do direito, mas sim através da jurisprudência.

As decisões judiciais da época não puderam pois fundar-se na lei para se opor ao exercício inadmissível de posições jurídicas. Ainda assim, essa inexistência não foi obstáculo à decisiva contribuição da jurisprudência francesa para o desenvolvimento do “abuso do direito”. A este propósito ficou célebre o caso da *chaminé de Colmar*: Colmar, construiu uma chaminé na sua casa que pretendia exclusivamente, com a emissão de fumos, prejudicar o seu vizinho. O Tribunal de Recursos decidiu condenar Colmar na destruição da chaminé, pois este não conseguiu demonstrar em Tribunal que a construção da chaminé visava prosseguir um interesse ou uma utilidade pessoal. A não demonstração de um interesse ou utilidade pessoal do agente no exercício de um certo direito constituía, portanto, um indício de actuação abusiva, pois motivada apenas pela produção de danos em esferas jurídicas alheias<sup>84</sup>.

Tal orientação jurisprudencial perfilhada no caso da *chaminé de Colmar* solidificou-se com a decisão da *Court de Cassation*, em 1915, conhecida como a decisão dos *affaires des balloons dirigibles Clément Bayard*. Os factos eram os seguintes: i) o proprietário de um terreno junto a uma pista de balões dirigíveis construiu uns postes de ferro elevados, dificultando perigosamente a aterragem dos balões e aeronaves; ii) havia um risco sério de colisão e consequente explosão destas, sem que a manutenção dos postes se traduzisse num benefício para o proprietário que as construiu. Consequentemente, o proprietário do imóvel contíguo à pista dos balões dirigíveis actuou em termos abusivos, estimulado somente pela intenção de prejudicar gravemente os direitos e a liberdade dos que circulavam nos veículos aéreos. O Tribunal ordenou, pois, a destruição dos postes, sancionando a conduta maldosa do réu.

---

em especial, pp.55-60. Vide ainda, para uma caracterização das famílias jurídicas e a sua ligação com a hermenêutica jurídica e traços identitários dos ordenamentos jurídicos nacionais, MARCELO REBELO DE SOUSA/SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.ª edição, Lex Editores, Lisboa, 2000, pp.302-305; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Estudo do Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, pp.302 e ss.; PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Pedro Ferreira Editores, 2000, pp.32-34.

<sup>84</sup> P. CATALA / J.A WEIR, *Delict and Torts: A study in Parallel, Part II*, in Tulane Law Review, n.º38, 1964, p.224. O caso Colmar data de 2 de Maio de 1855.

A jurisprudência do *Court de Cassation* conseguiu vingar e merecer a concordância dos teóricos e práticos da ciência jurídica francesa, sendo posteriormente aplicada em casos em que ficou demonstrado que o exercício de um determinado direito apenas visava prejudicar um terceiro de modo incompatível com o fim social que justificou a atribuição por parte do Direito objectivo de uma posição de vantagem.

E assim foi mesmo em casos de fronteira entre o Direito Privado e o Direito Público: aluda-se, por exemplo, ao caso em que os tribunais franceses negaram a pretensão de um cidadão que foi afectado por um acto de expropriação ilegal realizado pelos órgãos do seu município. Considerou-se que o benefício que adviria para o recorrente da reintegração da sua posição jurídica seria manifestamente inferior aos danos causados ao município – aplicou-se, em consequência, uma ideia de abuso do direito como proporcionalidade ou equilíbrio no exercício de posições jurídicas<sup>85</sup>.

Quanto ao ordenamento jurídico francês, apesar de historicamente o Código Civil francês anteceder o movimento codificador alemão, o certo é que apenas no final do século XIX e início do século XX, iniciaram as referências, entre a *doutrina* nacional, ao abuso do direito. Precisamente por influência da experiência alemã (que começara a mitigar os dogmas individualistas liberais) e, indirectamente, da experiência suíça.

Assim sendo, duas variantes de exercício contrário aos ditames da *boa-fé* começaram a revelar-se particularmente graves. Afirmava-se, pois, que um agente actuava em abuso do direito quando:

- a) Actuava com intenção de prejudicar outrem;
- b) Exercia o direito em termos contrários ao seu fim económico e social<sup>86</sup>.

No que diz respeito ao Direito alemão, podemos encontrar um afloramento da ideia de abuso do direito no § 226 da versão actual do BGB, o qual determina que “o exercício

---

<sup>85</sup> VERA BÓLGAR, *Abuse of Rights in France, Germany and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine*, in Louisiana Law Review, n. °5, 1975, p.1022.

<sup>86</sup> A segunda situação conheceu sucesso em França, ainda que fosse contrária à concepção liberal de direitos individuais, mais concretamente, de direito subjectivo. Contudo, a jurisprudência revelou-se resistente à aplicação deste instituto. Vide JACQUES GHESTIN, GILES GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction Générale*, 4.ª edição, LGDC, Paris, 1994, em especial, p.643.

*de um direito é inadmissível quando só possa ter o objectivo de causar danos a outrem*”<sup>87</sup>.

Na preparação do Código Civil alemão, a inserção de uma cláusula geral de abuso do direito obteve o criticismo por parte do Senado: tal cláusula mostrava-se contra os ideais do liberalismo dominante, designadamente a preponderância do indivíduo e a não-intervenção do Estado na vida social. Reafirma-se, deste modo, o dogma liberal segundo o qual o exercício de um direito *é sempre lícito*.

Todavia, para além do preceito atrás referido, duas disposições adicionais do BGB se reportam, ainda que indirectamente, a uma ideia (mais ou menos difusa) de abuso do direito. Concretizando: o § 242 do BGB, que acolhe, em termos gerais, o princípio da *boa-fé* na execução dos contratos (*Treu und Glauben*) e o § 826 do BGB que prescreve a restituição dos danos causados dolosamente a outrem devido a uma actuação *contra bonos mores*<sup>88</sup>.

Por outro lado, a contribuição da ciência jurídica germânica para a compreensão e afirmação dogmática do instituto do abuso do direito deu-se com a ruptura da visão do direito de propriedade como direito absoluto e ilimitado (de acordo com os cânones da sociedade idealizada pela burguesia ascendente e que vingava então no Direito francês).

Em concreto, diversas disposições do BGB – com posterior acolhimento e desenvolvimento jurisprudencial – consagraram limitações ao direito de propriedade,

---

<sup>87</sup> Embora não se possa afirmar que haja uma previsão *a se* do instituto de abuso do direito no ordenamento jurídico germânico. No mesmo sentido, em termos que seguimos, NEUZA LOPES, *A limitação do conteúdo do direito de patente pela aplicação da figura do abuso de direito*, tese de mestrado apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa, ainda inédita, 2009, p.95.

<sup>88</sup> O que podemos traduzir por contrário aos bons costumes. Para NEUZA LOPES, “*embora este preceito represente um afloramento da proibição de comportamentos abusivos, a sua configuração não permite a recondução pura a este instituto [do abuso do direito]. De facto, o § 826 do BGB pressupõe o comportamento doloso e assume-se como uma consagração de responsabilidade civil, determinando a obrigação de indemnizar pelo dano causado. O problema é deslocado para a verificação do dano, fazendo intervir a responsabilidade civil*” in

*A limitação do conteúdo do direito de patente pela aplicação da figura do abuso de direito*, tese de mestrado apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa, ainda inédita, 2009, p.95.

Embora as considerações feitas pela Autora sejam justificadas, parece-nos que não contradizem a afirmação de que se trata, ainda, de um afloramento do instituto do abuso do direito. É que a aplicação deste instituto, como trataremos de explicar, não tem um carácter meramente *obstrutivo*: ele pode provocar, *a se* ou por concurso com outros institutos de direito civil, pretensões indemnizatórias. Em sentido concordante, VERA BÓLGAR, *Abuse of Rights in France, Germany and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine*, in Louisiana Law Review, n.º 5, 1975, pp.1023-1026.



reconhecendo-se a sua função social. Isto é, pese embora o direito de propriedade fosse um direito de *domínio*, de índole egoística e individualista, o exercício deste direito deveria adequar-se (ou, pelo menos, não deveria contrariar) o interesse comum: aos direitos dos proprietários corresponderiam deveres de interesse público cujo respeito se impunha (é o que se designa contemporaneamente conteúdo negativo do direito de propriedade, e dos direitos reais em geral)<sup>89</sup>. Também aqui estamos perante uma manifestação de exercício dos direitos conforme ao *princípio da boa-fé*.

Por sua vez o Código Civil da Grécia prevê uma disposição, na sua formulação, estrutura e alcance, muito semelhante ao artigo 334.º do Código Civil português. Trata-se do artigo 281.º do Código Civil grego<sup>90</sup>: “*o exercício é ilícito quando exceda manifestamente os limites decorrentes da boa-fé, dos bons costumes ou pelo escopo social ou económico do direito*”<sup>91</sup>.

Relativamente aos sistemas jurídicos da *common law* estes não acolheram uma consagração geral de abuso do direito: nem mesmo a doutrina e a jurisprudência se revelaram muito receptivas ao reconhecimento e aplicação deste instituto.

Todavia, no âmbito do Direito inglês, admite-se que o direito de propriedade – designadamente, quanto às suas formas de aquisição, *maxime*, quando ela ocorreu sem respeitar as *exigências de forma* – pode ser limitado, mediante a aplicação da figura do *estoppel*.

Por sua vez nos Estados Unidos da América, alguma doutrina tem considerado que o abuso do direito tem relevância, mas surge com outras designações: *nuisance*<sup>92</sup>,

---

<sup>89</sup> A título de exemplo, na doutrina realista portuguesa mais recente, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp.825 e ss.

<sup>90</sup> A redacção no original é a seguinte: “*Η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος*”.

<sup>91</sup> Assim, NEUZA LOPES, *A limitação do conteúdo do direito de patente pela aplicação da figura do abuso de direito*, tese de mestrado apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa, ainda inédita, 2009, p.97. Esta Autora refere mesmo que o preceito do Código Civil Grego inspirou a solução legislativa do Direito Pátrio.

<sup>92</sup> Acto que causa danos a uma categoria determinada de pessoas e que, mesmo constituindo o exercício de um direito, constitui um *tort*.

coacção, boa-fé, política pública ou exercício inadmissível de direitos de autor (*copyright*) ou de patente<sup>93</sup>.

Já no ordenamento jurídico chinês, o artigo 6.º do Código Civil chinês determina que as partes devem exercer os seus direitos e cumprir os seus deveres de acordo com os ditames da boa-fé. Já o artigo 4.º dos Princípios Gerais de Direito dos Contratos, as partes devem observar o princípio da boa-fé para assegurar a justiça e a equidade em cada acto civil, bem como não abusar dos respectivos direitos e deveres<sup>94</sup>.

Mesmo no sistema jurídico islâmico, existe uma corrente doutrinária que defende que o princípio de que a ninguém é tolerado a produção de danos a outrem (ضرار ولا ضرر لا) engloba a ideia de proibição de exercício abusivo de direitos, sendo uma manifestação da influência do Direito inglês nesta família jurídica<sup>95</sup>.

Ora, face a todo o exposto o que podemos concluir é que o instituto do abuso do direito é aflorado um pouco por todo o mundo, sendo que como veremos mais adiante, a inalegabilidade de nulidades formais, nem sempre tem um tratamento autónomo.

#### **4. A recepção da teoria do abuso do direito no ordenamento jurídico português**

No que respeita à recepção da teoria do abuso do Direito em Portugal, convém salientar, antes de mais, que curiosamente este instituto foi introduzido, entre nós, pela via processual: por via da reprovação da litigância de má-fé. Como escreve ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “o instituto da litigância de má-fé é tipicamente nacional<sup>96</sup>”, sendo introduzido por uma lei de D. Dinis: “E se o juiz achar que o acusador querellou maliciosamente, ou que he revoltoso ou useiro de fazer taes querelas e accusações, ainda que aja per hu corregua, e pague as custas, den-lhe de mais alguã pena arbitrária, qual merecer”<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> J.M. PERILLO, “*Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept*” in Pacific Law Journal, n.º 25, 1995, p. 28 e M. BYERS, *Abuse of Rights: an Old Principle for a New Age*, in McGill Law Journal, n.º 47, 2002, p.391.

<sup>94</sup> HUI ZHENG, BU (org.), *Chinese Civil Law*, Munique, Alemanha, C.H.Berg, 2013, p. 5.

<sup>95</sup> JUSTICE AHMAD MUGHAL, *What is Abuse of Rights Doctrine?*, disponível: [ssrn.com/author](http://ssrn.com/author).

<sup>96</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”*, Almedina, Coimbra, 2.ª edição, 2014, p. 45.

<sup>97</sup> Ordenações Afonsinas, liv. V, Tit. XXVIII in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”*, Almedina, Coimbra, 2.ª edição, 2014, p. 45 e

Na época liberal, o instituto da litigância da má-fé, fruto da indistinção ou distinção pouco nítida entre esfera pública e esfera privada, adquiriu uma natureza de sanção ou repressão pública por via tributária. Sancionava-se, pois, a utilização indevida do aparelho de justiça público.

Segundo a douta lição de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, as decisões dos Tribunais portugueses da época pré-liberal e liberal, resultaram na emergência, por via processual, da “culpa in petendo, isto é: de esquemas de responsabilidade civil originados por actuações ilícitas em processo”<sup>98</sup>.

Desligada da vertente processual, a consagração da teoria do abuso do direito em Portugal suscitou polémica doutrinária, sendo considerado como primeiro “marco” da integração desta teoria no cerne do sistema de Direito Civil português a regra “*qui suo iure utitur neminem ledit*” (artigo 13.º do Código de Seabra). No entanto, esta interpretação – e a referida localização histórica da consagração da teoria do abuso do direito entre nós – mereceu eloquente crítica de GUILHERME MOREIRA e TEIXEIRA DE ABREU. Como notou TEÓFILO CASTRO DUARTE, “se de iure constituendo, o problema do abuso do direito se apresenta como problema pacífico na nossa doutrina, em virtude da geral aceitação da nova tese, o mesmo já não se pode afirmar quando o problema é encarado de iure constituto e, designadamente, quando circunscrito ao novo Código Civil”<sup>99</sup>.

Analisemos os argumentos da corrente doutrinária que se opôs à consagração da teoria do abuso do direito no Código Civil de Seabra, pelo menos, de *iure condito*.

Para Guilherme Moreira, no seu Tratado de Direito Civil, o instituto do abuso do direito não se encontrava consagrado no Código Civil de 1876. As pessoas só se encontravam limitadas pelas restrições previstas pela lei ao exercício dos seus direitos., exemplificando: “se eu construir um muro e com esta construção tiro as vistas do prédio

---

PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Processual por Litigância de Má Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 30.

<sup>98</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 50.

<sup>99</sup> TEÓFILO CASTRO DUARTE, *O Abuso do Direito e As Deliberações Sociais (Ensaio Jurídico)*, 2.ª edição Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1955, p. 54.

do meu vizinho, não tenho de o indemnizar pelo prejuízo que sofre, pois pratiquei um acto lícito”.<sup>100</sup> Não havendo limitações legais que resultem da lei, como acontecia nos casos de águas ou exercício de “*indústrias incommodas*”, o exercício de um direito que cause um dano (e embora esse exercício só tenha em vista esse dano) é lícito, pelo que não haveria a obrigação de indemnizar a parte lesada. Concluía, pois, GUILHERME MOREIRA que a “nossa lei não proíbe os chamados actos emulativos”<sup>101</sup>.

Diferentemente pronunciou-se CUNHA GONÇALVES, defendendo que o Código de Seabra já consagrara a teoria da proibição do exercício abusivo de posições jurídicas: “a lei quási nunca indica o modo de exercer um direito. A lei confere um direito subjectivo de modo abstracto; e mesmo quando estabelece certos limites a esse direito, fá-lo também abstractamente. As circunstâncias concretas do exercício do direito não pode a lei prevêê-las, pois que são-no extramente variáveis no tempo e no espaço; e o modo de exercer o direito depende da psicologia diversa de cada sujeito. De sorte que não poderá dizer-se que um direito é exercido em conformidade com a lei, porque atribui o direito e permite o seu exercício. Demais, não é só a lei que estabelece os limites do exercício de direitos; eles dimanam também dos costumes, da ordem social e do espírito de justiça e de equidade, ou como diria Duguit, da solidariedade social, e ainda de outros factores. Por exemplo, o direito de propriedade tem os limites assinalados pela natureza das cousas e pela vontade do proprietário, como se diz no artigo 170.”<sup>102</sup>.

Prossegue o mesmo autor, alegando que o abuso do direito dispensa previsão legal expressa pois o abuso do direito “não tem lugar quando tais limites são fixados na lei, pois que quem manifesta e incontestavelmente procede contra esses limites, procede sem direito ou não exerce o próprio direito”.

Por outro<sup>103</sup> lado, o legislador acolheu, segundo CUNHA GONÇALVES o abuso do direito em vários preceitos do Código de Seabra.

Além disso, segundo CUNHA GONÇALVES, “todo o direito é necessariamente limitado pelo direito de outrem. Por outras palavras, o exercício do direito de cada um

---

<sup>100</sup> GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições de Direito Civil I*, Coimbra, 1907, p. 630.

<sup>101</sup> GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições de Direito Civil I*, Coimbra, 1907, p. 631. No mesmo sentido pronunciou-se, com ligeiras adaptações, VISCONDE DE CARNAXIDE in *Leitura a Letrados*, Coimbra Editora, Coimbra, 1925, pp. 32 e ss.

<sup>102</sup> CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929, p. 424.

<sup>103</sup> CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929, p. 424.

vai até ao extremo limite onde começa o direito alheio. Assim o afirmara Kant, com a sua célebre máxima da “coexistência”; assim o exige a convívio social”.

Por último, CUNHA GONÇALVES nota que “todo o direito subjectivo é reconhecido a uma pessoa singular ou colectiva, para a realização de um certo fim socialmente útil, embora o interesse seja individual; e o titular de um direito, desviando-se do fim que o justifica, comete um acto ilícito e torna-o responsável”<sup>104</sup>.

Para TEÓFILO CASTRO DUARTE, o Código Civil de Seabra não consagrava em termos gerais a teoria do abuso do direito, mas esta decorria de várias normas do Código e “como tal, estando a teoria na mente do legislador que a aceitou, será legítimo que a doutrina proceda à sua construção e aplicação com base legal. Como revelação dessa aceitação, podemos indicar entre outros os artigos 13.º, 141.º, 363.º, 1278.º e 1353.º em que o nosso Código sanciona a tese do abuso do direito de modo mais ou menos expresso”<sup>105</sup>.

Recordamos, neste passo, a redacção do artigo 13.º do Código Civil de Seabra: “Quem, em conformidade com a lei, exerce um próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício”.

Para TEÓFILO CASTRO DUARTE, desta norma seria, pois, possível extrair a consagração da proibição legal do exercício de actos abusivos: “em nosso entender, esta é a única interpretação lógica da disposição em causa e que dá uma explicação racional para a forma como a mesma está redigida. Com efeito, se o artigo 13.º significasse, como já se tem pretendido, a consagração da concepção dos direitos absolutos, como explicar então a restrição imposta pelo artigo ilibando de responsabilidade somente no caso de o direito ter sido exercido em conformidade com a lei? Se o que o legislador pretendesse significar era que só não responde pelos prejuízos quem exerce o direito tal como objectivamente ele é concedido pela lei, então a limitação legal era inútil, pois quem não o exerce deste modo não está exercendo um direito mas praticando um delito. Como tal, a menos que se considere esta frase como puramente inútil, a única

---

<sup>104</sup> CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929, p. 425.

<sup>105</sup> TEÓFILO CASTRO DUARTE, *O Abuso do Direito e As Deliberações Sociais (Ensaio Jurídico)*, 2.ª edição Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1955, p.56.

explicação lógica que encontramos para a forma como está redigida é a que é preconizada pela interpretação do Professor José Tavares, no sentido de o artigo 13.º representar a consagração da teoria do abuso do direito, como regra geral, pela nossa legislação”<sup>106</sup>.

Claro é que a teoria do abuso do direito acabaria por ser consagrada no Código VAZ SERRA de 1966, no seu artigo 334.º (o qual ainda vigora no Direito Pátrio). Foi o próprio Professor VAZ SERRA o responsável pela sua redacção original. Na 1.ª Revisão Ministerial, o artigo tinha a seguinte redacção: “o exercício de um direito, com a consciência de lesar outrem através de factos que contrariem os princípios éticos fundamentais do sistema jurídico, obriga a indemnizar os danos directos ou indirectamente causados”<sup>107</sup>.

Já quanto ao artigo 14.º do Código de Seabra, o qual estabelecia que “quem exercendo o próprio direito, procura interesses, deve, em colisão e na falta de previdência especial, ceder a quem pretende evitar prejuízos”, TEÓFILO CASTRO DUARTE rejeita que seja uma emanção da teoria do abuso do direito: “(...) a genuína concepção do acto abusivo não consistirá na colisão de dois direitos e no sacrifício de um pelo outro; o que se verifica é o sacrifício de um interesse, não convertido pela ordem jurídica em direito, por um direito de que se usou abusivamente. Como tal entendemos que o disposto no artigo 14.º não significa que a consagração da teoria do abuso do direito, consistindo antes a enunciação de uma outra regra de carácter geral quanto aos limites dos direitos de que cada um usufrui”<sup>108</sup>.

Já na 2.ª Revisão Ministerial, o preceito em causa foi profundamente modificado, surgindo praticamente com a redacção que teria no projecto do Código Civil e acabaria por ser aprovada e entrado em vigor. Como explica ANTÓNIO MENEZES

---

<sup>106</sup> TEÓFILO CASTRO DUARTE, *O Abuso do Direito e As Deliberações Sociais (Ensaio Jurídico)*, 2.ª edição Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1955, pp. 56-57.

<sup>107</sup> Após apresentar esta versão da 1.ª Redacção Ministerial, o Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO escreve sobre ela: “*Note-se a perspetivação da figura pelo prisma da responsabilidade civil, a sua subordinação a um entendimento moral do abuso do direito e a exigência de um elemento subjectivo, traduzido de lesar “outrem”. Do modelo alemão, passava-se, deste modo, radicalmente e sem estudos de apoio ao francês puro, na sua versão subjectiva*” in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”*, Almedina, Coimbra, 2.ª edição, 2014, pp. 97-98.

<sup>108</sup> TEÓFILO CASTRO DUARTE, *O Abuso do Direito e As Deliberações Sociais (Ensaio Jurídico)*, 2.ª edição Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1955, p.57.

CORDEIRO, “as referências agora feitas à “boa-fé” e aos bons costumes apontam numa primeira leitura de novo para o modelo alemão. A explicação é a seguinte: a segunda Revisão Ministerial introduziu, quase sem alterações e no então futuro Código Civil, o artigo 281.º do Código Civil grego. Este preceito, por seu turno, derivou do pensamento jurídico alemão”<sup>109</sup>.

A fórmula lusitana de abuso do direito encontra-se no Livro I do Código Civil, respeitante à Parte Geral, no Título II referente às Relações Jurídicas, e em particular no Subtítulo IV referente ao Exercício e Tutela dos Direitos, adoptando uma concepção objectiva. Isto é, para haver lugar à aplicação do instituto do abuso do direito não importa averiguar da intenção do titular do direito<sup>110</sup>.

## CAPÍTULO II

### Sobre a inalegabilidade de nulidades formais

#### 1. Breve evolução histórica

Sendo a origem histórica uma das questões fulcrais para o bom entendimento de qualquer instituto de Direito, não o será menos para o instituto do abuso do direito, bem

---

<sup>109</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”*, Almedina, Coimbra, 2.ª edição, 2014, p. 98, bem como em *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 3.ª reimpressão, 2007 p. 718.

<sup>110</sup> Esta concepção objectiva do abuso do direito deverá servir como ponto de partida para a análise em concreto das modalidades ou regulações típicas de comportamento abusivos, inclusive da modalidade de inalegabilidade de nulidades formais conforme veremos adiante. Também na doutrina brasileira se podem encontrar Autores que têm interpretado o artigo 187.º do Código Civil – o qual dispõe que “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*” – como consagrando a boa-fé em sentido objectivo, impondo uma regra de conduta às partes contratantes dispensando-se a prova dos seus estados subjectivos. A redacção do preceito é, como se pode concluir, bastante próxima do artigo 334.º do Código Civil português de 1966. Todavia, ao contrário do legislador português, o Código Civil brasileiro utiliza a expressão “é ilícito” e não “é ilegítimo”. Em termos práticos, esta diferença conceptual não se reflecte em diferenças de consequências jurídicas, uma vez que os autores brasileiros também discutem o significado da expressão “é ilícito” em termos muito próximos da doutrina portuguesa. Em concreto, a doutrina das inalegabilidades de nulidades formais tem sido acolhida na doutrina brasileira pela fórmula da eficácia social do contrato, ou seja, pela juridificação dos efeitos de facto do contrato. Neste sentido vide ANTÓNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático* in Estudos e Pareceres de Direito Privado, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, p. 132. Ainda a este propósito vide também JUDITH-MARTINS COSTA, *Os Avatares do Abuso do Direito e o rumo indicado pela Boa Fé*, disponível no site da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>, pp. 9-12 e MÁRIO CAIO PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, I, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1991, pp. 467-468.

como das suas modalidades. Da nossa parte havíamos-nos sucintamente pronunciado em estudo anterior sobre a questão da evolução histórica da inalegabilidade de nulidades formais<sup>111</sup>, e tratando-se de um tema fulcral para o estudo do tema subjacente à presente dissertação, voltaremos a ele nesta sede.

Após a análise da evolução e origem histórica do instituto do abuso do direito, importará em seguida analisar a evolução histórica da modalidade de abuso do direito objecto da presente dissertação, ou seja, da “inallegabilidade de nulidades formais”, o que faremos em seguida.

Como vimos a “inallegabilidade de nulidades formais” verifica-se quando a nulidade derivada da falta de forma legalmente exigida, não pode ser alegada.

Como refere o Ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a primeira tentativa de paralisar a invocação de nulidades formais ocorreu na Alemanha<sup>112</sup>.

Não existindo na época preceitos específicos, recorria-se à *exceptio doli*<sup>113</sup> (ou excepção do dolo), figura esta que é conhecida desde o Direito romano como possibilitando a defesa contra acções dolosas.

Através da *exceptio doli generalis* - o réu contrapunha à acção, o incurso do autor em dolo, no momento da discussão da causa. A aplicação desta figura passou de residual para uma aplicação difusa, como tal permitia solucionar questões relacionadas com o abuso do direito, sendo apontada como meio de protecção contra as injustiças obtidas à custa da boa-fé na aplicação do direito estrito<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Vide a este propósito CAROLINA REBORDÃO NUNES, “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

<sup>112</sup> Vide *Tratado de Direito Civil*, II, Parte Geral, Negócio Jurídico, 4ª edição, Almedina, 2014, p. 190 e *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, pp. 671 e ss. Quando aludimos a “nulidades formais” temos em vista nulidades que derivam da preterição da forma solene exigida para certa declaração negocial, conforme já nos pronunciámos neste sentido in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, *A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida*, Almedina, 2015, pp. 89 e ss.

<sup>113</sup> Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a *exceptio doli* traduzia “o poder reconhecido a uma pessoa, de paralisar a pretensão de certo agente, quando este pretendesse prevalecer-se de sugestões ou artifícios não permitidos pelo Direito”, in *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 265- 268.

<sup>114</sup> Neste sentido ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 671 e ss.



Ora, conforme referido, a falta de preceitos específicos capazes de bloquear a invocação de nulidades formais era solucionada através do recurso à figura da *exceptio doli*, porém o recurso a esta figura não foi conseguido sem hesitações. Numa primeira fase entendiam os Tribunais que o recurso à boa-fé não seria admissível perante regras de forma, sob pena de estas não terem qualquer significado<sup>115</sup>. Porém, numa fase posterior o entendimento dos Tribunais veio a alterar-se admitindo que, à partida, as regras de forma não podiam ser afastadas por via da *exceptio doli*, contudo, quando quem invocava a nulidade fosse quem a originou, então a invocação da nulidade poderia ser bloqueada (casos em que Tribunal concedia a *exceptio*)<sup>116</sup>.

Posteriormente, e ainda na Alemanha, verificou-se uma evolução da orientação jurisprudencial no sentido da desaplicação da figura da *exceptio doli* e do surgimento da figura da inalegabilidade de nulidades formais<sup>117</sup>.

O declínio da figura da *exceptio doli* e o aparecimento da figura da inalegabilidade de nulidade formal deveu-se ao facto da *exceptio doli* ter uma aplicação difusa, conforme acima referido, e como tal, não solucionava diversas questões específicas relativas à invocação de nulidades decorrentes da preterição da forma legalmente exigida. É, portanto, neste contexto que surge a modalidade da inalegabilidade de nulidades formais, ou seja, para responder aos problemas específicos destas nulidades.

As primeiras decisões judiciais que recorreram a esta figura, fizeram-no quando o agente causara directamente ou dolosamente o vício de forma e mais tarde viria a aproveitar-se dele, invocando-o.

Mais tarde porém, o Tribunal veio apenas a exigir, para que fosse possível recorrer à inalegabilidade de nulidades formais, a simples negligência do agente na causa do vício de forma aquando da celebração do contrato<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> RG 7-Jun.- 1902, RGZ 52, 1-5 (3), tratou-se de uma venda de imóvel na qual o assentimento do marido fora meramente verbal.

<sup>116</sup> A este propósito vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, 2007, pp.771-785, onde o autor elenca numerosa jurisprudência elucidativa desta temática.

<sup>117</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.189-197.

Mais tarde entenderam os Tribunais que a alegação da nulidade formal deveria ser bloqueada independentemente de qualquer culpa do agente, quando atendendo às circunstâncias do caso concreto, se verificasse que o provimento da nulidade atentaria contra a boa-fé<sup>119</sup>.

Pelo exposto, é possível concluir que a paralisação da invocação de nulidades decorrentes da preterição da forma legalmente exigida, recorrendo à modalidade da inalegabilidade de nulidades formais, foi instituída pela jurisprudência, tendo em conta que os Tribunais perante situações concretas delicadas necessitam de encontrar uma resposta legal e justa. Podemos ainda concluir que os próprios requisitos de aplicação da boa-fé como meio de paralisação da invocação de nulidades formais sofreram alterações ao longo dos tempos, designadamente na questão da culpa, tendo como objectivo alcançar a justiça material.

Tal desenvolvimento da jurisprudência além de *contra legem*, surgiu também em discórdia com alguma doutrina, a qual desde cedo apontou as dificuldades jurídico-científicas da aplicação desta figura da inalegabilidade de nulidades formais, nomeadamente a imperatividade das regras de forma, bem como a cominação da nulidade na falta dessa forma, como veremos melhor adiante.

A sistematização jurisprudencial do Direito é obviamente imprecisa. Contudo, é possível retirarem-se algumas conclusões relativas a alguns aspectos decisivos que eram tidos em consideração, tanto pela jurisprudência, como pela doutrina, relativamente à modalidade da inalegabilidade de uma nulidade formal:

- 1) Avaliar a situação da pessoa contra quem é feita valer a nulidade, isto é, as consequências para ela emergentes da nulidade caso seja declarada, tendo

---

<sup>118</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a este propósito faz referência a jurisprudência que, “*a propósito de uma compra e venda relativa a uma casa, alegara-se a nulidade formal do contrato respectivo. O RG considerou, aí, ser de exigir, por parte da pessoa que se vem opor à alegabilidade do vício de forma, o erro sobre a necessidade da formalidade e, por parte de quem o alega, que, pelo menos com negligência o tenha causado*”, in *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, 2007, pp. 771-785.

<sup>119</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 299- 305.

sido salientado pela jurisprudência que tais consequências tinham que comportar efeitos não apenas duros mas insuportáveis<sup>120</sup>.

- 2) A relação do beneficiário da inalegabilidade com o vício, em que se entendia que este devia desconhecer a exigência de forma e como tal, estar de boa-fé subjectiva<sup>121</sup>.

No que toca ao primeiro requisito acima elencado podemos chamar à colação a elaboração de CANARIS<sup>122</sup>, nos termos da qual (i) se requeria que a parte protegida tivesse procedido a um investimento de confiança, fazendo assentar na ocorrência nula uma actividade importante<sup>123</sup>, (ii) que a situação fosse imputável à contraparte, embora não necessariamente a título de culpa, (iii) que o escopo da forma preterida não tenha sido defraudado e, pela negativa, (iv) exigia-se que nenhuma disposição legal ou princípio legal excluíssem, em concreto, a inalegabilidade, bem como (v) que não houvesse diferente solução para o caso. Constatando que nem sempre estariam presentes todos estes elementos, CANARIS passou a admitir que os critérios funcionassem em termos de um “sistema móvel”, uma vez que as várias proposições eram consideradas insusceptíveis de graduação entre si.

Quanto ao segundo requisito acima elencado e utilizado pela jurisprudência, deve entender-se que, a boa-fé subjectiva implica, neste contexto, deveres de indagação e de informação acrescidos, não só pela rigidez das normas em causa, como também pelo

---

<sup>120</sup> A este propósito permite-se assim a inalegabilidade ainda que, sem a vontade directa ou necessária de prejudicar a outra parte. Como refere o ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a inalegabilidade do vício formal, depende mais da situação contra quem é feita valer a nulidade, do que dos feitos e intenções do alegante da nulidade, in *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 299- 305.

<sup>121</sup> Como veremos melhor adiante, actualmente não partilhamos deste entendimento. Ao contrário do que defendemos em estudo anterior (*A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida*, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015) em nossa opinião, para efeitos da aplicação da modalidade da inalegabilidade de nulidades formais deve ter-se em conta uma concepção objectiva (e não subjectiva), tal como na própria análise do instituto do abuso do direito em termos gerais. Nesta medida é nosso entendimento que não relevará o estado subjectivo das partes, mas sim se estas violaram objectivamente um dever de conduta. Ainda a este propósito e sobre a boa-fé subjectiva vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, 2007, pp.407-526; vide também do mesmo Autor, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, 2ª edição, 2000, pp.228-231, obra com 3ª edição de 2011 v., em especial, pp.404-407.

<sup>122</sup> CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971, pp. 295-301.

<sup>123</sup> Veja-se a título de exemplo, alguém confiante no contrato nulo abandona a habitação ou posto de trabalho sem possibilidade de recuperação.

conhecimento generalizado que existe sobre a necessidade de forma para certos negócios jurídicos<sup>124</sup>.

Na experiência portuguesa, tal como sucedeu na experiência alemã, também se constata uma certa desarmonia entre a jurisprudência e a doutrina quanto à inalegabilidade de nulidades formais<sup>125</sup>, na medida em que a jurisprudência face à realidade de situações verdadeiramente injustas tende a admitir, em casos marcantes, as inalegabilidades formais<sup>126</sup>, porém, a doutrina tem grande dificuldade em ultrapassá-las.

Entre nós, como refere ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>127</sup>, os desenvolvimentos jurisprudenciais primordiais remontam a 2 de Outubro de 1962, a uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça, o qual se debruçou pela primeira vez sobre a questão. Este douto Tribunal, adoptando uma posição mais formalista, decidiu que a invocação do não cumprimento das exigências formais no âmbito de um contrato-promessa não consubstanciava uma situação abusiva. Esta posição seria seguida novamente pelo mesmo órgão jurisprudencial em reiteradas ocasiões, inclusivamente já com o Código Civil de 66 em vigor, configurando assim uma posição mais conservadora por parte dos nossos Tribunais. Porém, como refere o mesmo autor, no final da década de 80 do século passado, dá-se uma importante viragem no entendimento dos Tribunais, passando estes a aceitar bloquear as invocações da nulidade em virtude do desrespeito da forma legalmente exigida, sempre que em concreto se mostrassem contrárias ao abuso do direito.

---

<sup>124</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO diz mesmo que, “a evidência de falta de forma ou a negligência grosseira prejudicam sempre pois, estando presentes ou havendo conhecimento do vício, é razoável que o contraente corra o risco de ver declarado nulo o seu contrato”. Porém menciona o Autor que, “podemos admitir que especiais características do caso concreto – com relevo para uma absoluta confiança na outra parte – possam atenuar o rigor deste requisito”, in *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.189-197.

<sup>125</sup> Como refere ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, a expressão “inallegabilidade formal” foi introduzida entre nós por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO na sua tese de doutoramento: *Da boa-fé no Direito Civil*, já mencionada por nós no presente trabalho. In *Revista Jurídica AAFDL* N°29, Edição Centenário, *Homenagem ao Professor Miguel Galvão Teles*, Lisboa, 2015, p.54.

<sup>126</sup> Como veremos melhor adiante, a posição da jurisprudência tem-se manifestado, desde logo através do *venire contra factum proprium*. Debruçando-nos sobre a evolução da jurisprudência nacional podemos constatar que, muitos dos casos de verdadeiras inalegabilidades de nulidades formais são resolvidas pelos nossos Tribunais recorrendo à proibição de *venire contra factum proprium*, veja-se, a título de exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04-06-2013, Processo n.º 1018/10.0TBCHV.P1 (*Márcia Portela*). Todavia, podemos concluir que efectivamente a jurisprudência tem reconhecido situações de inalegabilidade de nulidades formais ainda que por via do *venire contra factum proprium*.

<sup>127</sup> In *Revista Jurídica AAFDL* N°29, Edição Centenário, *Homenagem ao Professor Miguel Galvão Teles*, Lisboa, 2015, pp.56 e ss.

A jurisprudência portuguesa de modo idêntico ao que se havia verificado na Alemanha assumiu a dianteira do processo criativo no que toca ao bloqueio da invocação da nulidade decorrente da preterição de forma legalmente exigida, superando assim os desenvolvimentos jurídicos da doutrina.

Numa fase inicial do desenvolvimento jurisprudencial em Portugal a propósito do bloqueio da invocação da nulidade decorrente da preterição de forma legalmente exigida e a sua ligação ao abuso do direito, assistiu-se a uma recondução pela jurisprudência de tal situação à modalidade de *venire contra factum proprium*<sup>128</sup>. Na actualidade podemos assistir cada vez mais ao desenvolvimento e à aceitação do bloqueio da invocação da nulidade decorrente da preterição de forma legalmente exigida por parte dos nossos Tribunais, seja recorrendo à modalidade de *venire contra factum proprium*, seja recorrendo à modalidade especial da inalegabilidade de nulidades formais<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Veja-se a título de exemplo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Setembro de 1995, processo n.º 86647, BMJ 449 (1995), que entendeu numa situação de não respeito pela forma legalmente exigida, verificados os pressupostos do princípio da tutela da confiança e de acordo com a douta decisão da 2ª instância, configurar como uma situação de abuso do direito nos termos do artigo 334.º do Código Civil, a invocação da nulidade do contrato nos termos do artigo 220.º e 286.º do mesmo diploma legal, designadamente na sua manifestação de *venire contra factum proprium*.

<sup>129</sup> A propósito do desenvolvimento jurisprudencial em Portugal na actualidade, relativo ao bloqueio da invocação da nulidade decorrente da preterição de forma legalmente exigida, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Outubro de 2015, Processo n.º 370/13.0TBEPs-A.G1.S1 (LOPES DO REGO) no qual o douto Tribunal entendeu que “os efeitos da invalidade do negócio jurídico por vício de forma podem ser excluídos pelo abuso de direito, em casos excepcionais, a ponderar casuisticamente, em que as circunstâncias apontem para uma clamorosa ofensa do princípio da boa-fé e do sentimento geralmente perfilhado pela comunidade, situação em que o abuso de direito servirá de válvula de escape, tornando válido o acto formalmente nulo, como sanção do acto abusivo”. Em termos sumários os factos são os seguintes: o Banco, alegado credor hipotecário, deu início a um processo executivo contra o comprador de uns imóveis, por dívidas de anterior proprietário. O executado alegou que quando comprou o imóvel lhe foi assegurado pelo representante do Banco, bem como pelos anteriores proprietários, que o cancelamento das hipotecas que incidiam sobre imóveis em questão estaria assegurado, tendo-lhe sido apresentada para o efeito pelo representante do Banco uma declaração de distrate das hipotecas referentes aos imóveis em causa. Na própria data da escritura de compra e venda dos imóveis verificou-se que havia um lapso na referida declaração emitida pelo Banco, uma vez que esta não continha referência ao cancelamento da hipoteca relativa a uma das fracções, tendo o referido representante do Banco assegurado de imediato que o cancelamento das hipotecas abrangia também tal fracção e que essa omissão iria ser rectificada. Ora, com base nesta garantia do representante do Banco, e apenas nesse pressuposto, em como a declaração de distrate das hipotecas seria rectificada, foi então celebrada a escritura de compra e venda dos imóveis. Para proceder a tal rectificação da declaração emitida pelo Banco, o representante do mesmo afirmou que teria de ficar com o original da declaração na sua posse, tendo entregue à executada apenas uma cópia da mesma. Obviamente que para se opor à execução, a executada alegou que “comprou os imóveis livres e desembaraçados, sem quaisquer ónus, encargos ou quaisquer limitações, sem qualquer hipoteca” e o Banco para fundamentar a acção executiva que moveu contra a executada alegou, nomeadamente, que a declaração de extinção das hipotecas não obedeceu à forma legalmente exigida, prevista no artigo 714.º do Código Civil, pelo que “é inepta à

Nos nossos tempos, os Tribunais optando por uma modalidade ou pela outra, reconduzem maioritariamente a situação de bloqueio da invocação da nulidade decorrente da preterição de forma legalmente exigida ao abuso do direito, fazendo depender tal bloqueio do preenchimento dos requisitos do princípio da tutela da confiança.

## **2. A inalegabilidade de nulidades formais e a sua recepção pela doutrina portuguesa**

As principais dificuldades jurídico-científicas na aplicação da modalidade da inalegabilidade de nulidades formais prendem-se essencialmente com (i) a imperatividade das regras de forma e (ii) das regras que impõem a nulidade quando a forma legalmente exigida não seja respeitada.

Neste seguimento, vários autores conscientes da árdua tarefa que representa ultrapassar as dificuldades jurídico-científicas da inalegabilidade de nulidades formais, acima

---

*produção de quaisquer efeitos jurídicos”. Face a todo o exposto, o Douto Tribunal, entendeu que “o documento posto em circulação pelo representante do Banco exequente padece de uma deficiência de forma que obsta à feitura do cancelamento do registo das hipotecas, por se consubstanciar, não no documento autenticado original (art. 731º do CC), mas em mera cópia deste (...). Sucede que a jurisprudência vem admitindo – embora em termos cautelosos – a paralisação do vício de nulidade formal de um acto quanto a respectiva invocabilidade traduzir abuso de direito da parte, decorrente de lesão gravosa e injustificável da confiança depositada pela contraparte na seriedade do compromisso assumido”, tendo nesta medida confirmado o acórdão recorrido, o qual deu por verificados os requisitos do princípio da tutela da confiança, uma vez que o exequente actuou com abuso do direito na modalidade de venire contra factum proprium. Entendeu o Tribunal que “não pode deixar de se considerar que tal comportamento inteiramente concludente – proveniente de funcionário qualificado do Banco exequente (gerente de agência bancária) e imputável a entidade bancária sujeita a particulares deveres deontológicos na sua actuação na vida jurídica – é susceptível de gerar fundada e inteiramente legítima confiança em que seriam honrados os compromissos cabalmente assumidos perante a ora executada – traduzindo grosseira violação do princípio da boa-fé o ter-se feito ulteriormente tábua rasa das garantias e compromissos prestados à executada pelo referido gerente, ao não providenciar pelo suprimento do lapso espontaneamente reconhecido quanto à identificação das fracções objecto de possível distrate e ao negar-lhe inclusivamente a entrega do original do documento autenticado de renúncia à hipoteca quanto à fracção L, retido na sua posse com o pretexto da necessidade de providenciar pelo suprimento do referido lapso material, com o objectivo de inviabilizar o cancelamento do registo das hipotecas enquanto suportado apenas na cópia entregue à compradora”. Quanto ao tema da invocação da nulidade decorrente da preterição de forma legalmente exigida, decidiu ainda o douto Tribunal que “não pode, escudar-se o Banco no referido défice formal do acto de renúncia à hipoteca - por ele provocado e de sua inteira responsabilidade - para exigir, à custa dos bens abrangidos por tal garantia real, adquiridos pela executada na justificável convicção da efectividade da renúncia à hipoteca, o pagamento das quantias alegadamente em dívida”.*

referidas, meritoriamente se esforçaram por avançar com propostas de solução para as mesmas<sup>130</sup>.

Como poderemos constar, nem todos os autores que referiremos reconduzem as suas propostas de solução, para a questão da inalegabilidade de invalidades formais, ao instituto do abuso do direito.

Em primeiro lugar, podemos mencionar a posição do Professor OLIVEIRA ASCENSÃO, o qual recusa a salvação da validade do negócio ferido com vício de forma. Este autor admite porém, situações previstas na lei como sendo verdadeiros casos de inalegabilidade de nulidades formais, aludindo como exemplo legal de inalegabilidade formal o artigo 87.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos<sup>131</sup>. OLIVEIRA ASCENSÃO sustenta ainda a sua posição no facto de as exigências de forma serem de ordem pública e como tal não é meio apropriado de compor os litígios entre particulares a renúncia às exigências de ordem pública. Para este autor, o acto ilícito resultante de má-fé do agente só poderia ser sancionado nos quadros gerais da responsabilidade civil<sup>132</sup>.

Por outro lado, a posição do Professor CARLOS MOTA PINTO sustenta que as regras de forma não devem ser consideradas um “*jus strictum*” aplicado sem qualquer submissão a um princípio supremo do Direito, como é o caso do artigo 334.º do Código Civil (o qual prevê expressamente o instituto do abuso do direito no nosso ordenamento jurídico). Entende o autor que, quando o intérprete lealmente aceite como boa e valiosa para o comum dos casos a norma que prescreve a nulidade dos negócios celebrados com vício de forma, está legitimado para, nos casos excepcionais do artigo 334.º, afastar a aplicação das normas que prescrevem a nulidade dos negócios feridos de vício de forma, tratando a hipótese como se o acto estivesse formalizado todavia, à excepção de

---

<sup>130</sup> Da nossa parte havíamos-nos sucintamente pronunciado sobre a posição de alguns dos autores que referiremos adiante em estudo anterior ao presente trabalho (em *A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida*, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015), porém tratando-se de um pilar fulcral do tema da presente dissertação voltaremos a analisar tais posições doutrinárias no presente trabalho.

<sup>131</sup> O Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, o qual aprova o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, estabelece no seu artigo 87.º, n.º 2 que a nulidade resultante da falta de redução do contrato de edição a escrito presume-se imputável ao editor e só pode ser invocada pelo autor.

<sup>132</sup> In *Direito Civil Teoria Geral, Volume II, Acções e Factos Jurídicos*, Coimbra Editora, 2003, pp. 70-72.

tais casos, se uma das partes actuou com má-fé nas negociações o negócio é nulo, e surgirá o direito a uma indemnização, a qual terá o seu fundamento legal no artigo 227º<sup>133</sup>.

Partilhando da mesma posição quanto à não absolutidade das regras formais veja-se HEINRICH EWALD HÖRSTER. Este autor defende que a exigência da Justiça material se sobrepõe às *rationes* que sustentam as imposições formais<sup>134</sup>.

Relativamente à posição do Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, esta sofreu algumas modificações ao longo dos tempos, tendo a mesma evoluído no sentido da admissão da paralisação da invocação de nulidades formais através do instituto do abuso do direito.

Ora, o Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, na esteira do que havia defendido na sua tese de Doutoramento<sup>135</sup>, defendera<sup>136</sup> que não seria possível recorrer à boa-fé (uma vez que a nulidade, nos termos do artigo 286.º do Código Civil, sempre poderia ser invocada por terceiros, bem como conhecida oficiosamente pelo juiz), nem à redução teleológica (uma vez que, na opinião do autor, com a qual concordamos, as regras de forma têm objectivos que não são totalmente perceptíveis e como tal insusceptíveis de redução teleológica)<sup>137</sup>. Sustentava o autor que, deveria recorrer-se ao instituto da responsabilidade civil, sendo que a título indemnizatório quem alegasse a nulidade decorrente da preterição da forma legalmente prescrita podia ser obrigado a supri-la, validando o negócio. Caso fosse inacatada tal obrigação, esta poderia ser executada especificamente pelo Tribunal. Pelo exposto, podemos constatar que ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO inicialmente não admitia a possibilidade de

---

<sup>133</sup> O Professor CARLOS MOTA PINTO faz menção ao facto de os próprios autores que defendem o carácter rígido das normas formais, posteriormente procuram corrigir as escandalosas injustiças através de uma indemnização pelo chamado “*dano da confiança*”, in *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pp. 435-441 e in *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 428-440.

<sup>134</sup> In *A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2014.

<sup>135</sup> In *Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, 2007, pp. 771 e ss.

<sup>136</sup> In *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, 2000, pp.379-384, obra com 3ª edição, v., em especial, pp. 569-574.

<sup>137</sup> Iremos retomar este ponto mais adiante.



bloquear, de modo directo, *ex bona fide* e na base da confiança a invocação de nulidades formais.

Porém, este autor vem mais tarde alterar a sua posição, reformulando-a, no sentido da admissão da paralisação da invocação de nulidades formais com base na boa-fé. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO passou a admitir que, existindo abuso do direito na alegação da nulidade decorrente da preterição de forma legalmente exigida, as normas legais podem ceder, em casos excepcionais, de tal modo que a nulidade derivada do incumprimento da forma legalmente exigida para o negócio se torna verdadeiramente inavergável. Sublinha o autor que a resolução da questão da inalegabilidade de nulidades formais permite uma solução justa e imediata, enquanto que a solução pela responsabilidade civil se apresenta problemática<sup>138</sup>

Pelo exposto, podemos concluir que o ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO reconduz a questão da inalegabilidade de nulidades formais ao instituto do abuso do direito, o que como já referimos além de não ser uma posição transversal à doutrina nacional que se pronunciou sobre este tema, não reflecte também a posição que este autor adoptou inicialmente.

De todo o modo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO aponta alguns requisitos para a verificação de uma situação de inalegabilidade de uma nulidade formal<sup>139</sup>, não deixando assim as inalegabilidades formais abandonadas ao sentimento daqueles que são os casos ostensivamente contrários à justiça. Em concreto, este autor aponta os seguintes requisitos para a verificação de uma situação de inalegabilidade de nulidade formal:

- situação de confiança;
- a justificação para a confiança;
- o investimento de confiança;
- a imputação de confiança ao responsável pela nulidade.

---

<sup>138</sup> In *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, p.200.

<sup>139</sup> In *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.197-201.

Tratando-se, porém, de inalegabilidade de nulidades formais, o Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO aponta ainda mais três condições para a sua verificação<sup>140</sup>:

- devem estar em jogo apenas os interesses das partes e nunca, também, de terceiros de boa-fé<sup>141</sup>;
- a situação de confiança deverá ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar;
- o investimento de confiança dificilmente será assegurado por outra via.

Na opinião deste autor reunidos os pressupostos *supra* mencionados a tutela da confiança ditaria, *ex bona fide*, a manutenção do negócio viciado pela invalidade formal. Nestes termos, passaria a ser uma relação legal, sustentada no artigo 334.º e em tudo semelhante à situação negocial falhada pelo vício formal.

Ainda no âmbito da inalegabilidade de nulidades formais e a sua recepção pela doutrina portuguesa, vejamos a posição de JOÃO BAPTISTA MACHADO. Este autor sustenta que “na hipótese de, por força do princípio da tutela da confiança, se vier a conferir a um negócio nulo efeitos iguais àqueles que o negócio teria se fosse válido, esses efeitos, apesar de tudo, devem ser havidos como efeitos *ex lege*, valendo o negócio nulo agora como simples facto gerador de um estado de confiança ou situação de confiança”<sup>142</sup>.

Por sua vez, CARVALHO FERNANDES contrapõe o carácter de ordem pública das exigências legais de forma com cariz consensualista do sistema e dá primazia a um efeito restritivo dos efeitos da imposição de forma, sendo este autor favorável à conservação do negócio jurídico e à tutela da confiança da contraparte. Porém, apenas admite esta teoria em casos excepcionais pois fora disso, a exigência legal de forma terá de ser respeitada como “ditada por razões superiores de interesse geral”<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> In *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.197-201.

<sup>141</sup> Como teremos oportunidade de abordar adiante, não partilhamos da mesma opinião deste Ilustre Professor.

<sup>142</sup> *Tutela da Confiança e “Venire contra factum proprium”*, in, *Obra dispersa*, Vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 362-384.

<sup>143</sup> In, *Teoria Geral do Direito Civil, II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3ª edição, Universidade Católica, Lisboa, 2001, pp.244-246.

Ainda a este propósito vejamos também a posição de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, o qual louva a evolução jurisprudencial. Este autor considera que na inalegabilidade de nulidades formais está em causa a contraposição de questões como, o desvalor da preterição da forma legalmente exigida e o desvalor da sua invocação em em determinadas circunstâncias. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS faz referência ao regime do arrendamento urbano, rural e florestal<sup>144</sup>, na medida em que a preterição das exigências formais pode ser suprida sem recorrer à nulidade. É o caso por exemplo do regime do arrendamento florestal, no qual, conforme menciona o autor, “a forma legal exigida (escrito particular) pode ser suprida pela sentença judicial que reconstitua as cláusulas do contrato”.

Para PEDRO PAIS DE VASCONCELOS o regime do arrendamento urbano, rural e florestal – tendo em conta que as regras que impõem forma têm carácter excepcional, nos termos do artigo 219.º, 2ª parte do Código Civil – devem ser considerados, não como a excepção da excepção, mas antes como limitações do âmbito da excepção, ou seja, no sentido de ingressar na regra geral da liberdade de forma. Desta forma, não estão abrangidos pela proibição de analogia.

Este autor discorre sobre a hipótese de aplicar analogicamente a solução *supra* referida, ou seja a solução prevista para o arrendamento florestal, a outros casos de nulidades decorrentes de vícios de forma. Para tal, aponta para uma redução teleológica da regra do artigo 220.º do Código Civil, na medida em que este só será aplicado, cominando a nulidade, quando não for possível suprir com a sentença os vícios formais e salvando assim a validade do negócio jurídico celebrado<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> Ambos regulados actualmente no Decreto-Lei n.º294/2009, de 13 de Outubro, que define o arrendamento rural no artigo 2.º, n.º1: “Arrendamento rural é a locação, total ou parcial, de prédios rústicos para fins agrícolas, florestais, ou outras actividades de produção de bens ou serviços associadas à agricultura, à pecuária ou à floresta”. Este regime prevê no artigo 6.º, n.º1 e 2 e artigo 7.º, n.º1 a exigência de celebração do contrato de arrendamento rural por escrito, sob pena de nulidade. No entanto estabelece o artigo 35.º, n.º5 do mesmo diploma legal relativo às formas de processo que: “Nenhuma acção judicial pode ser recebida ou prosseguir, sob pena de extinção da instância, se não for acompanhada de um exemplar do contrato, quando exigível, a menos que logo se alegue que a falta é imputável à parte contrária”.

<sup>145</sup> In *Superação judicial da invalidade formal do negócio jurídico de Direito Privado*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço – Volume II, Almedina, 2002, pp.313-338.

Ora, após esta breve análise da doutrina nacional que se debruçou sobre o tema da inalegabilidade de nulidades formais, por nós somos da opinião que a inalegabilidade de nulidades formais se reconduz ao instituto do abuso do direito, uma vez que o que está em causa é o exercício de uma posição jurídica activa em termos que excede os limites dessa posição, atentando contra o princípio da boa-fé.

Havíamos-nos pronunciado sucintamente sobre esta questão em estudo anterior<sup>146</sup>, sendo que para efeitos do presente trabalho poderemos referir que mantemos tal posição uma vez que, mesmo após a análise aprofundada sobre as novas linhas de investigação atrás melhor identificadas, somos da opinião que o instituto do abuso do direito é aquele que melhor salvaguarda a posição da parte contra quem é invocada a nulidade, ou seja da parte “confiante”. Embora alguns autores se tenham debruçado meritoriamente sobre esta temática da inalegabilidade de nulidades formais, não partilhamos das posições que solucionam tal problemática recorrendo ao instituto da responsabilidade civil. Cremos que o instituto da responsabilidade civil não consegue salvaguardar os interesses da parte “confiante” do mesmo modo que o instituto do abuso do direito. Da nossa parte entendemos que a conservação da situação em que a parte “confiante” se encontra, recorrendo ao instituto do abuso do direito, é o melhor meio de salvaguardar os seus interesses. Ao passo que a alteração da situação em que a parte “confiante” se encontra, permitindo a declaração da nulidade do negócio, atribuindo-lhe posteriormente uma indemnização, não nos parece ser a solução mais justa, nem coerente com a realidade que até ao momento da invocação da nulidade as partes vinham experienciando.

### **3. Sistemas jurídicos estrangeiros actuais**

Após a análise da evolução e origem histórica do instituto do abuso do direito, bem como da análise da recepção, pela doutrina nacional, da modalidade da “inallegabilidade de nulidades formais”, faremos, neste passo da nossa investigação, uma breve referência à consagração desta modalidade em sistemas jurídicos estrangeiros actuais.

Cremos que da análise da consagração da modalidade de abuso do direito objecto do presente estudo em ordenamento jurídicos estrangeiros actuais, poder-se-ão retirar

---

<sup>146</sup> In “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in Revista de Direito Civil, N.º 0, Almedina, 2015.

conclusões relevantes para efeitos da análise da situação de inalegabilidade de nulidades formais no ordenamento jurídico nacional<sup>147</sup>.

Iniciando pelo ordenamento jurídico francês, importa sublinhar que neste ordenamento jurídico, não se exige a adopção de uma determinada forma para que o negócio jurídico seja válido. No ordenamento jurídico francês, apenas se exige forma “especial” para o negócio nas transacções relativas a imóveis, sendo que tal exigência assenta na preocupação de garantir meios probatórios<sup>148</sup>.

Atendendo ao *supra* exposto, no ordenamento jurídico francês o contrato de compra e venda de um imóvel celebrado *verbalmente* é válido. Pelo que, o vendedor encontra-se, pois, forçado a entregar o imóvel ao comprador, bem como a cumprir com todas as demais obrigações contratuais.

Em caso de incumprimento do devedor, o comprador poderá recorrer a duas soluções legais:

- a) Intentar uma acção de cumprimento do contrato, substituindo a decisão do Tribunal o documento com autenticação notarial, defendendo o comprador contra reivindicações de terceiros sobre o mesmo imóvel ou;
- b) Pedir a resolução do negócio, bem como a restituição do já devido ao vendedor. Se for provado que o vendedor induziu o comprador em erro relativamente à necessidade da autenticação notarial, aquele poderá ser responsabilizado, sendo obrigado a indemnizar o comprador pelos danos a este causados.

Uma última nota para referir que, a doutrina francesa tem entendido que o princípio da boa-fé não assume relevância autónoma na formação e cumprimento dos contratos, uma vez que o comprador poderia lançar mão de uma acção de anulação do contrato

---

<sup>147</sup> Havíamos-nos pronunciado sobre esta temática, a nível meramente sinóptico, em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015. Tratando-se de uma matéria não dissociável do tema em análise na presente dissertação, voltaremos a analisá-lo nesta sede.

<sup>148</sup> Protegendo-se, desta forma, o comprador que adquire título bastante contra pretensões de terceiros sobre o mesmo imóvel.

alegando o dolo do vendedor (*réticence dolosive*) ou uma acção de responsabilidade civil<sup>149</sup>.

Passemos agora ao ordenamento jurídico alemão. No Direito alemão, no § 226 da versão actual do BGB, estabelece-se o seguinte: “*o exercício de um direito é inadmissível quando só possa ter o objectivo de causar danos a outrem*”.

Também com relevância para o presente estudo podemos aludir ao § 313 do BGB, o qual tem como epígrafe “*störung der geschäftsgrundlage*”, o que podemos traduzir por “perturbação da base do negócio”. Relevando especialmente o seu n.º 2, o qual estabelece que “*é aplicável o regime da alteração de circunstâncias, sendo equiparadas a estas, as concepções materiais do contrato que se revelarem incorrectas*”<sup>150</sup>.

Este preceito, conjugado com o § 242 do BGB, que acolhe, em termos gerais, o princípio da *boa-fé* na execução dos contratos (*Treu und Glauben*), permite concluir que um contrato celebrado *sem a observância da forma legalmente exigida* torna-se válido se entretanto ocorrer a entrega da coisa e o seu registo em benefício do adquirente<sup>151</sup>.

No Direito alemão, a preterição da forma legalmente exigida para o negócio jurídico determina a nulidade do mesmo, nos termos do § 125, 1 do BGB<sup>152</sup>. Porém, em certos casos, as exigências de forma cedem perante interesses de justiça individual<sup>153</sup>.

Assim, a este propósito podemos concluir que quando uma das partes se aproveite da situação da sua “superioridade intelectual e/ou económica” perante a contraparte, impedindo (por acção ou omissão) a observância da forma legalmente exigida, de forma a que possa posteriormente invocar, com esse fundamento, a nulidade do negócio,

---

<sup>149</sup> No sentido do texto e para uma análise mais desenvolvida sobre a questão em análise vide ZIMMERMANN/SIMON WHITTAKER, *Formalities I, in Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.260.

<sup>150</sup> Trata-se de uma tradução livre. Sendo o original em língua alemã o seguinte: *Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.*

<sup>151</sup> Neste sentido vide ZIMMERMANN/SIMON WHITTAKER, *Formalities I in Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.258.

<sup>152</sup> O § 125, 1 do BGB dispõe o seguinte: *Nichtigkeit wegen Formmangels: Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.*

<sup>153</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar um Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, § 125, n.º 16, C.H.BECK, Munique, 2012.

exerce o seu direito de invalidar o negócio de forma contrária ao princípio da boa-fé. Pelo exposto, o Tribunal deve considerar improcedente o pedido da parte que causou o vício de forma, paralisando o seu direito de invocar a nulidade do negócio. Concluímos portanto que esta solução é o resultado reconhecimento da doutrina das inalegabilidades formais.

Por sua vez, no Código Civil Grego é imposta uma forma especial para a celebração de determinados negócios jurídicos, como seja o da transferência de direitos reais sobre imóveis, conforme o disposto no artigo 369.º do Código Civil Grego. Caso essa forma legalmente imposta não seja respeitada o negócio será nulo, de acordo com o disposto no artigo 159.º do mesmo diploma legal.

O artigo 281.º do Código Civil Grego estabelece que “*O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou económico do direito*”<sup>154</sup>. Tem sido o entendimento maioritário do Areópago – o Supremo Tribunal da Grécia - não aplicar o instituto do abuso do direito quando estejam em causa casos de preterição da exigência formal, prevista no artigo 369.º do Código Civil grego. Porém, em situações de manifesto e ostensivo abuso do direito<sup>155</sup>, a parte lesada pode recorrer a Tribunal, alegando a situação de *venire contra factum proprium*<sup>156</sup>.

Relativamente aos sistemas jurídicos da *common law*, estes não consagram a teoria geral do abuso do direito. Nem a doutrina, nem a jurisprudência se revelam muito receptivas ao reconhecimento, ou à aplicação do instituto do abuso do direito. Porém, a propósito do direito inglês, admite-se que no âmbito do direito de propriedade, nomeadamente no que respeita às suas formas de aquisição, este pode ser limitado mediante a aplicação da figura do *estoppel*, quando a referida transmissão do direito de propriedade tenha ocorrido sem respeitar a forma legalmente exigida,

---

<sup>154</sup> Tradução avançada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, 2007, pp. 711.

<sup>155</sup> ZIMMERMANN/SIMON WHITTAKER, *Formalities I, in Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.265.

<sup>156</sup> A inalegabilidade de nulidade formal ainda não mereceu um tratamento autonomizado pela doutrina helénica. Coube as Tribunais gregos definir com uma precisão que a lei não logrou atingir, o alcance do abuso do direito. Os Tribunais gregos admitem em certos casos restrições à ordem pública no caso de arguições abusivas de nulidades formais, conforme refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in *Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, 2007, pp. 716

Por todo o exposto, podemos concluir que o exercício inadmissível de posições jurídicas é alvo de estudo em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros actuais, com maior ou menor aceitação e desenvolvimento. Em concreto, no que toca à modalidade da inalegabilidade de nulidades formais é possível concluir que, apesar de o merecer, esta nem sempre tem um tratamento autónomo<sup>157</sup>.

#### **4. Caracterização da inalegabilidade de nulidades formais**

Neste ponto do nosso trabalho iremos delimitar a modalidade da inalegabilidade de nulidades formais. Fá-lo-emos pela perspectiva positiva, isto é avançando com uma definição para esta modalidade de exercício inadmissível de posições jurídicas, como pela perspectiva negativa, ou seja, distinguindo-a de figuras afins.

Retomamos aqui a posição por nós anteriormente defendida<sup>158</sup>, desenvolvendo-a porém na presente dissertação através de um percurso argumentativo diverso e reforçado.

##### **4.1. Delimitação positiva**

O ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO<sup>159</sup> define inalegabilidade de nulidade formal como sendo a situação em que a nulidade derivada da preterição da forma legalmente exigida para certo negócio jurídico não pode ser alegada, sob pena de se verificar um abuso do direito por contrariedade à boa-fé.

Por nós, entendemos que a definição acima referida é a que melhor delimita a situação de exercício inadmissível de posições jurídicas objecto de estudo da presente dissertação.

Por nós, entendemos também que a definição de “inallegabilidade de nulidades formais” não comporta apenas as situações em que se paralisa a invocação da nulidade por quem

---

<sup>157</sup> Tal deve-se a razões próprias do sistema jurídico, como também, por vezes, ao escasso desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

<sup>158</sup> “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

<sup>159</sup> In *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.189-197.



lhe deu origem (embora seja o caso mais marcante). Isto é, entendemos que a invocação da nulidade derivada da preterição da forma legalmente exigida pode, eventualmente, ser paralisada independentemente do juízo de culpabilidade sobre a parte que a causou.

#### **4.2. Delimitação negativa: breve distinção face às figuras afins**

Tendo em consideração que da nossa parte reconduzimos o problema da inalegabilidade de nulidades formais ao instituto do abuso do direito<sup>160</sup>, cremos que esta se poderá facilmente confundir com outras modalidades de exercício inadmissível de posições jurídicas, como sejam o *venire contra factum proprium* e o *tu quoque*. Por estes motivos avançaremos de seguida com algumas considerações que permitem, em nossa opinião, distinguir a situação de inalegabilidade de nulidade formal, de outras modalidades de abuso do direito<sup>161</sup>.

##### **4.2.1. Distinção face ao *venire contra factum proprium***

No que toca ao *venire contra factum proprium*, este caracteriza-se pela inadmissibilidade de, em certos casos, se praticarem comportamentos lícitos, porém contraditórios. Os comportamentos são contraditórios e como tal inadmissíveis (apesar de lícitos), em virtude o princípio da tutela da confiança<sup>162</sup>.

De acordo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, com o qual concordamos, a base legal para a aplicação da doutrina da confiança de forma a vedar situações de *venire contra*

---

<sup>160</sup> Como vimos anteriormente no presente estudo, nem todos os doutrinadores remetem a situação da inalegabilidade de invalidades formais ao instituto do abuso do direito.

<sup>161</sup> Tal como acima referido, retomamos aqui a posição por nós anteriormente defendida em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015. Porém, na presente dissertação, desenvolveremos a nossa posição recorrendo a um percurso argumentativo diverso e reforçado.

<sup>162</sup> Salvaguardada fica a possibilidade de o *venire contra factum proprium* assentar numa circunstância justificativa. Isto é, em que os comportamentos são contraditórios, porém não representam uma situação de exercício inadmissível de posições jurídicas.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO diz ainda neste contexto que, substituir a referência à boa-fé pela menção “confiança” permite um melhor critério de decisão pois um comportamento não pode ser contraditado quando este seja de modo a suscitar a confiança das pessoas e como tal, trata-se de imputar aos respectivos autores as situações de confiança que tenham assumido. Para a concretização dessa “confiança” alude a vários requisitos, que são: a situação de confiança, justificação para essa confiança; investimento de confiança e a imputação da confiança – critérios que explicaremos adiante, in *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.290-294.

*factum proprium*, reside no artigo 334.º do Código Civil e dentro dos elementos nele previstos, na boa-fé<sup>163</sup>

Após a análise de variada jurisprudência nacional, é possível constatar que em inúmeros casos os Tribunais recorrem à modalidade de *venire contra factum proprium* para paralisar a invocação de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida. Tal posicionamento da jurisprudência não poderá merecer a nossa concordância, uma vez que em nossa opinião a situação de inalegabilidade de nulidades formais se distingue da situação de *venire contra factum proprium*.

O Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO distingue também estas duas modalidades de exercício inadmissível de posições jurídicas<sup>164</sup>, sustentando a sua posição nos seguintes argumentos:

- Para este autor na inalegabilidade de nulidades formais deve exigir-se um dever de indagação e cautela mais fortes por parte de quem beneficia da inalegabilidade da nulidade (do que aquele que se exige na situação de *venire contra factum proprium* por parte de quem beneficia da proibição de *venire*). Relativamente a este critério não alinhamos na totalidade com a posição defendida por este ilustre Professor, como veremos melhor adiante, pois defendemos que para haver lugar à inalegabilidade de nulidades formais basta que se demonstre a situação objectiva de confiança.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO aponta ainda um factor relevante e que, no contexto da inalegabilidade de nulidades formais é bastante ponderado, sendo este a necessidade de respeito efectivo pelo escopo que a forma legalmente prescrita pretende prosseguir.

Ora, pela nossa parte entendemos que a inalegabilidade de nulidades formais assemelha-se à situação de *venire contra factum proprium* (daí a importância de proceder à sua delimitação face ao mesmo), funcionado, em nossa opinião, como um subtipo do *venire contra factum proprium*. Contudo, a inalegabilidade de nulidades formais apresenta uma autonomia dogmática face à situação de *venire contra factum proprium* uma vez

---

<sup>163</sup> In *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, p.294.

<sup>164</sup> In *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, 2007, pp.719-860.

que a mesma apenas se aplica às invalidades decorrentes da preterição da forma legalmente exigida.

Vejamos, o que nossa opinião aproxima e afasta estas duas modalidades de exercício inadmissível de posições jurídicas.

Relativamente às semelhanças entre a inalegabilidade de nulidades formais e *o venire contra factum proprium*, podemos referir que, em nossa opinião, ambas as modalidades pretendem evitar a frustração da confiança da contraparte merecedora de tutela.

Ademais, também em ambas as modalidades cremos que, estruturalmente, o que se pretende evitar é a prática de comportamentos contraditórios susceptíveis de frustrar a confiança criada na contraparte merecedora de tutela.

Quanto às diferenças entre a inalegabilidade de nulidades formais e *o venire contra factum proprium*, podemos referir que, em nossa opinião, na situação de inalegabilidade de nulidades formais o que está em causa não são comportamentos lícitos contraditórios, mas antes a contradição entre dois comportamentos em que pelo menos um deles é ilícito (uma vez que houve a violação de uma regra de forma).

Além do acima exposto, a inalegabilidade de nulidades formais tem ainda a especificidade de dizer respeito a apenas a situações em que há um desrespeito pelas regras de forma legalmente prescritas. Ou seja, na situação de inalegabilidade de nulidades formais, tem que ter lugar uma ponderação rigorosa sobre o afastamento de regras injuntivas, que são aquelas que exigem forma especial para determinados negócios jurídicos. Também por esta razão, a inalegabilidade de nulidades formais, apesar de poder ser considerada um subtipo de *venire contra factum proprium*, merece um tratamento diferenciado face a este último.

#### 4.2.2. Distinção face ao *tu-quoque*

Relativamente ao *tu-quoque*<sup>165</sup>, este exprime a regra geral pela qual a pessoa que infrinja uma norma jurídica não pode depois sem abuso:

- 1 - aproveitar-se da situação daí recorrente;
- 2 - exercer a posição violada pelo próprio;
- 3 - ou então exigir, a outrem o acatamento da situação já violada.

No âmbito da presente dissertação apenas importará analisar a primeira premissa, isto é, quem viole uma norma jurídica não pode depois sem abuso prevalecer-se da situação daí decorrente<sup>166</sup>.

Numa primeira análise, poder-se-á confundir a inalegabilidade de nulidades formais com o *tu quoque*, ou entender-se que esta representa um subtipo de *tu quoque* (e não do *venire contra factum proprium* como vimos acima).

Esta possível e compreensível confusão reside na semelhança que existe entre estas duas modalidades de abuso do direito. Isto é, nos casos em que a parte que gera a invalidade seja a mesma que posteriormente a invoque, estaríamos perante um acto ilícito por violação de uma norma jurídica, violação essa da qual depois se pretende prevalecer.

Nesta medida, sendo a violação de uma regra de forma um acto ilícito, a situação de inalegabilidade poderia encaixar, nesta medida, no *tu quoque* (e não do *venire*) sendo sujeita aos seus pressupostos.

Para justificar a situação de inalegabilidade de nulidades formais como sendo um subtipo do *tu quoque* e não de *venire*, poder-se-ia assim dizer que no *venire contra factum proprium* o que está em causa são dois comportamentos *lícitos*, ainda que contraditórios. Por sua vez, no *tu quoque* os comportamentos resultantes da violação de

---

<sup>165</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, p.327.

<sup>166</sup> Tal como acima referido, retomamos aqui a posição por nós anteriormente defendida em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015. Porém, na presente dissertação, desenvolveremos a nossa posição recorrendo a um percurso argumentativo diverso e reforçado.

uma norma jurídica, obviamente, são *ilícitos*. Ora, se uma determinada declaração não respeitar a forma legalmente prescrita, esta actuação por violar uma norma jurídica, seria ilícita, e como tal poderia parecer mais correcto tratar a inalegabilidade de nulidades formais como sendo um subtipo do *tu quoque* e não de *venire contra factum proprium*.

Porém cremos que assim não é, ou seja, da nossa parte, não nos parece correcto afirmar que a inalegabilidade formal é um subtipo do *tu quoque* e não de *venire contra factum proprium*.

Efectivamente, no *tu quoque*, na premissa por nós analisada nesta sede, existe um acto *ilícito*, que é a violação de uma norma jurídica (e posteriormente a tentativa de aproveitamento dessa situação por quem a causou). Ora, a falta de forma legalmente exigida é também ela, em princípio, um acto *ilícito*. Porém, na situação de inalegabilidade de nulidade formal (ao contrário do *tu quoque*) não importa, em nossa opinião, apurar se quem alega a nulidade foi quem a originou. Isto é, não importa apurar se quem violou a norma legal (desrespeito pela forma legalmente prescrita) foi quem depois pretendeu aproveitar-se desse vício. Na inalegabilidade de nulidades formais, o que importa apurar, em nossa opinião, é se existe, ou não, uma relação de confiança merecedora de tutela.

Assim, com a inalegabilidade de nulidades formais, o objectivo é tutelar a confiança da parte contra quem se invocou a nulidade. Ora, também no *venire contra factum proprium* o que se pretende tutelar é a confiança da parte que sofreu com a actuação contraditória de outrem. Ou seja, tanto na inalegabilidade de nulidades formais como no *venire contra factum proprium* o que se pretende tutelar é a confiança daqueles que sofreram com a actuação de outrem.

Em nossa opinião, o princípio subjacente a estas duas modalidades de exercício abusivo de posições jurídicas é o princípio da tutela da confiança.

Por sua vez, no *tu quoque* o que está em causa não é em primeira linha o princípio da tutela da confiança<sup>167</sup> (da parte que sofreu com a actuação de outrem) mas antes o princípio da materialidade subjacente. Este princípio obsta a que o próprio incumpridor da norma jurídica se aproveite dela. Isto é, no *tu quoque* não releva em primeira linha a protecção da contraparte (como sucede na inalegabilidade de nulidade formal e no *venire contra factum proprium*), releva antes a proibição de o próprio violador de uma norma jurídica se aproveitar de certa vantagem.

Pelo exposto, como havíamos referido, somos da opinião que a inalegabilidade de nulidades formais deve ser reconduzida a um subtipo de *venire contra factum proprium* e não de *tu quoque*.

## **5. Dificuldades jurídico-científicas da modalidade da inalegabilidade de nulidades formais**

A situação de inalegabilidade de nulidades formais, conforme havíamos referido, resulta de uma evolução jurisprudencial. Apesar de os Tribunais tenderem a bloquear a invocação de nulidades formais, sem impedimentos de maior, assim não o é pela doutrina.

As dificuldades jurídico-científicas da inalegabilidade de nulidades formais passam por dois factores, da maior relevância, do nosso ordenamento jurídico:

- (i) a natureza absoluta das disposições que exigem forma para determinadas declarações;
- (ii) a natureza absoluta das regras que na falta dessa forma cominam a nulidade. Esta nulidade além de arguível pelas partes ou por qualquer interessado é também cognoscível, de ofício, pelo tribunal (de acordo com o disposto no artigo 286.º do Código Civil).

---

<sup>167</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO diz mesmo que “o *venire* é proibido em homenagem à protecção da confiança da pessoa que se fiou no *factum proprium* (...). Embora no *tu quoque* seja de valorar – o que não tem sido feito – a posição da contraparte que prevarica em segundo lugar, não há que lhe inserir uma situação de confiança similar ou paralela à que enforma o *venire*”, in *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, p.333.

### 5.1. A inalegabilidade de nulidades formais e a função das regras de forma da declaração negocial

Relativamente à primeira premissa apontada acima como sendo uma dificuldade jurídico-científica da inalegabilidade de nulidades formais, ou seja, a natureza absoluta das disposições que exigem forma para determinadas declarações, importa proceder de seguida a um breve enquadramento sobre a função das regras de forma<sup>168</sup>.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO refere que “em Direito, diz-se forma da declaração ou do negócio o modo utilizado para exteriorizar a vontade, desde que seja minimamente solene, isto é: acompanhada de sinais exteriores sensíveis pelas pessoas que presenciem a declaração ou que, posteriormente, dela tenha conhecimento”<sup>169</sup>.

Por sua vez, OLIVEIRA ASCENSÃO diz que, “acção implica uma exteriorização. Essa exteriorização há-de revelar-se de algum modo. O modo de manifestação é a forma”<sup>170</sup>.

Já PEDRO PAIS DE VASCONCELOS refere que “o simples intuito interno ainda que fortemente determinado, a mera formação de uma intenção subjectiva não exteriorizada, não podem assumir relevância como negócio jurídico, se não forem reconhecíveis por outrem, para além do seu autor”<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> Havíamos tecido breves considerações a este respeito em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015. Tratando-se de uma matéria essencial para o estudo do tema objecto de análise na presente dissertação, cremos que se impõe nesta sede voltar a ela.

<sup>169</sup> In *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp. 164-168. Como diz este Autor, “a referência a uma forma da declaração equivale a uma abstracção artificial: a declaração é a sua forma e esta equivale a certa declaração”.

Sobre a declaração de vontade vide também do mesmo Autor *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp. 123-131. Vide ainda DÁRIO MOURA VICENTE, *A formação dos contratos internacionais*, onde o Autor faz referência ao artigo 8.º, n.º2 da Convenção de Roma afirmando que esta “submete a determinação do valor de um comportamento como declaração negocial cumulativamente às leis da substância do contrato e da residência habitual do sujeito a quem esse comportamento é imputável”. Refere ainda este Autor a questão do silêncio valer como declaração negocial em alguns ordenamentos, in LUÍS DE LIMA PINHEIRO (coord.) *Estudos de Direito Comercial Internacional*, Vol. I, Almedina, 2004, pp. 207-211.

<sup>170</sup> In, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume II, Acções e Factos Jurídicos*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2003, pp.58-59.

<sup>171</sup> *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª edição, Almedina, 2015, pp.618-619.

Pelo exposto podemos concluir que a exteriorização da vontade terá sempre de ocorrer e essa exteriorização da vontade será feita de certo modo. Esse modo é a *forma* da declaração negocial. Assim, todo o acto jurídico tem uma determinada forma.

Em Portugal vigora o princípio da liberdade de forma para a declaração negocial<sup>172</sup>, conforme o disposto no artigo 219.º do Código Civil. Porém, em determinados casos excepcionais a lei determina que, para a validade de certos negócios jurídicos, as declarações negociais têm de exteriorizar-se em termos *solenes*<sup>173</sup>, conforme o disposto no artigo 219.º *in fine* do Código Civil.

Assim, a regra que vigora no nosso ordenamento jurídico é a de que os negócios jurídicos consubstanciam-se logo que a vontade das partes seja exteriorizada em termos bastantes e se torne eficaz. Não sendo por isso necessário, por regra, existir um documento escrito ou o recurso um notário<sup>174</sup>.

### **5.1.1 A teleologia dos conceitos de negócios formais ou solenes**

Conforme acima referido, todas as declarações negociais (exteriorização de vontades), assumem uma determinada forma. A forma da declaração negocia corresponde assim ao modo que se adoptou para a exteriorização da vontade<sup>175</sup>.

Convencionalmente utiliza-se a expressão “negócios formais” para designar as particulares solenidades requeridas para exteriorizar a vontade. Porém, o recurso a tal expressão poderia querer parecer que em certos negócios a forma seria requerida e noutros não.

Quando, convencionalmente, se fala em “negócio formal”, quer-se com isso dizer que para certa declaração negocial é exigida uma “forma especial”. Conforme refere o ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “negócio formal” será assim não

---

<sup>172</sup> Também conhecido como princípio da consensualidade.

<sup>173</sup> Veremos melhor adiante o porquê da opção pelo vocábulo *solene* e não *formal*.

<sup>174</sup> Os meios electrónicos e automáticos são um bom exemplo daquilo que tem sido a evolução mais recente relativamente às declarações negociais e a necessidade de absorção de novos esquemas de declarações jurídicas, em especial.

<sup>175</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO refere que “em sentido não jurídico, todas as declarações de vontade têm a sua forma, por simples ou elementar que se apresente”, in *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, p.164.



o negócio que tenha forma – pois todos a têm, mas o que requeira uma forma especial<sup>176</sup>.

Nos casos em que a lei exija uma “forma especial” para a exteriorização da vontade, por regra, essa forma é a “forma escrita”<sup>177</sup>.

Pelo exposto, a utilização da expressão “forma” pode conduzir a uma ambiguidade terminológica pelo que, em nossa opinião, se ao invés da expressão “negócio formal” se falasse em “negócio solene”, tal ambiguidade terminológica seria minorada<sup>178</sup>.

### **5.1.2. Distinção entre forma e formalidades; relevância para o nosso estudo**

No âmbito das considerações gerais sobre a função das regras de forma<sup>179</sup>, importa tecer breves comentários sobre a distinção entre forma e formalidades. Embora alguns autores adotem uma noção ampla de forma, no sentido de abarcarem dentro dela algumas formalidades, nem sempre assim é.

Como havíamos referido, a forma dá corpo a uma exteriorização da vontade. Como refere o ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ela é essa própria exteriorização<sup>180</sup>.

Diferente da “forma”, são as “formalidades”. Enquanto que a “forma” representa o modo de exteriorização da vontade, as formalidades não exprimem a vontade negocial em si, no entanto, são exigidas para que se certo negócio jurídico seja considerado válido.

---

<sup>176</sup> In *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, 2000, p.375-377, obra com 3ª edição, v., em especial, pp. 565-567.

<sup>177</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume II, Acções e Factos Jurídicos*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2003, pp.59-60.

<sup>178</sup> No mesmo sentido vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume II, Acções e Factos Jurídicos*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2003, pp.59-60.

<sup>179</sup> Tema sobre o qual nos havíamos brevemente pronunciado em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015. Porém, tratando-se de uma matéria essencial para a discussão do tema objecto de análise da presente dissertação, voltaremos a ela nesta sede.

<sup>180</sup> Exemplos avançados por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, in *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, 2000, p.375-377, obra com 3ª edição, v., em especial, pp. 565-567.

Conforme havíamos referido *supra*, alguns autores adoptam uma noção ampla de forma no sentido de abarcarem dentro dela algumas formalidades. Este não é o caso de OLIVEIRA ASCENSÃO, uma vez que na opinião deste autor “quando se fala em formalidades têm-se sempre em vista factos complementares” e “a forma pertence à estrutura do negócio, porque é maneira como ele se revela, as formalidades são-lhe exteriores”<sup>181</sup>.

Como exemplo de formalidades podemos *apontar* (i) o reconhecimento presencial de assinaturas do promitente e (ii) a certificação pelo notário da existência da respectiva licença de utilização ou construção no caso de um contrato de compra e venda de um imóvel para habitação (de acordo com o disposto no artigo 410.º, n.º 3)<sup>182</sup>. Nestes casos, ou seja, tanto o reconhecimento da assinatura como a verificação da licença, estão em causa apenas formalidades, as quais não devem ser confundidas com a “forma” do contrato, a qual seria a forma escrita.

Também o incumprimento das formalidades legalmente exigidas pode ter como consequência a nulidade, porém, não por força do artigo 220.º do Código Civil mas antes por força do disposto no artigo 294.º do mesmo diploma legal, o qual dispõe o seguinte: “os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei”<sup>183</sup>. Assim, o

---

<sup>181</sup> In *Direito Civil, Teoria Geral, Volume II, Acções e Factos Jurídicos*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2003, pp. 61-62.

<sup>182</sup> In *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª edição, Almedina, 2015, pp.619. No mesmo sentido ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, 2000, pp.375-376, obra com 3ª edição, v., em especial, pp. 565-567.

<sup>183</sup> Veja-se a este propósito o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1998 (HERCULANO LIMA), BMJ 481 (1998), pp. 458 e ss, no qual se decidiu sumariamente o seguinte:

“I — O artigo 294.º do Código Civil prescreve que os negócios celebrados contra disposição legal de cunho imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei.

II — A hipótese do n.º 3 do artigo 410.º do Código Civil enquadra-se na excepção ao disposto no corpo daquela disposição legal, visto que o regime da arguição do vício (omissão das formalidades prescritas na norma) se não concilia com o estatuído quer para a nulidade (artigo 286.º do Código Civil) quer para a anulabilidade (artigo 287.º do mesmo diploma legal).

III — Temos, portanto, no caso da omissão dos requisitos prescritos no n.º 3 do artigo 410.º do Código Civil, uma invalidade arguível a todo o tempo, subtraída ao conhecimento oficioso do tribunal e tão-somente invocável pelas contraentes, mas, quanto ao promitente vendedor, apenas no caso de a falta ser imputável ao promitente comprador.

IV — Acontece, porém, que não pode ser considerada em juízo a nulidade resultante da falta de cumprimento dos requisitos formais do n.º 3 do artigo 410.º do Código Civil (sendo o contrato válido e devendo, por conseguinte, o Supremo Tribunal de Justiça recusar a revista em recurso interposto pelo promitente comprador) sempre que este se tenha recusado a celebrar a escritura de compra e venda com

negócio jurídico celebrado com preterição das formalidades imperativamente impostas pela lei é ilegal e como tal, em regra, nulo.

### 5.1.3 Justificação das exigências de forma: posições críticas

Conforme referimos acima, no ordenamento jurídico português vigora o princípio da liberdade de forma (ou da consensualidade), ou seja, apenas em certos casos, a lei exige “forma especial” para a declaração negocial.

A ciência do Direito tem-se debruçado sobre a questão da função das regras de forma, tentando elencar quais são os objectivos que tais normas visam prosseguir.

A este propósito cremos que se impõe uma breve referência à posição de alguns autores portugueses que se pronunciaram sobre esta questão<sup>184</sup>.

O ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO pronunciou-se no sentido de que, *tradicionalmente*, a Doutrina aponta as seguintes razões justificativas para as regras de forma<sup>185</sup>:

(i) razões de solenidade, que se prenderiam com a publicidade de certos actos, isto é, com o objectivo de dar a conhecer ao público certos actos;

(ii) razões de reflexão, que estariam relacionadas com a gravidade dos efeitos de certos negócios jurídicos para os contratantes e como tal, não deveriam ser celebrados de ânimo leve<sup>186</sup>.

---

*fundamento na omissão das formalidades que pediu para serem dispensadas e recorrendo a juízo para com base naquela falta pedir a restituição do que pagara em execução do contrato, agindo assim com intolerável má fé e abuso de direito”.*

<sup>184</sup> Havíamos-nos pronunciado sobre esta temática da função das regras de forma em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in Revista de Direito Civil, N.º 0, Almedina, 2015. Tratando-se, em nossa opinião, de uma matéria essencial para a discussão do tema objecto de análise da presente dissertação impõe-se nesta sede voltar a ela.

<sup>185</sup> In *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, 2000, pp.377-379, obra com 3ª edição, v., em especial, pp. 567-569.

<sup>186</sup> O facto de, por vezes, a forma solene acarretar uma certa morosidade, tal propiciaria este período de reflexão.

(iii) razões de prova, que estariam ligadas à maior facilidade de demonstração da ocorrência de certos factos.

Por sua vez, OLIVEIRA ASCENSÃO, elenca como fundamentos das exigências de forma as seguintes razões<sup>187</sup>:

- “a necessidade de levar as partes a reflectir antes de praticarem actos consideravelmente graves (ex., o casamento);
- o reforço da segurança do negócio, nomeadamente por permitir a intervenção de terceiros (ex., quando se exigir forma de escritura pública);
- a facilitação da prova dos actos”.

OLIVEIRA ASCENSÃO menciona ainda um quarto fundamento que seria o propósito inconfessado da lei em complexificar certos negócios jurídicos a que é adversa, todavia, não chega ao ponto de os proibir.

Por sua vez, MOTA PINTO refere também como vantagem da exigência de forma, a divisão entre o negócio e a fase pré-contratual, e a formulação mais precisa e completa da vontade das partes<sup>188</sup>.

Pelo exposto, é possível concluir que a Doutrina tem feito um esforço meritório para estudar a questão do escopo das regras de forma, sendo se encontram vozes importantes que negam às exigências legais de forma um sentido jurídico que possa ser útil na concretização do seu regime.

A título de exemplo é discutida a questão da *publicidade* jurídica, a qual é hoje conseguida por institutos próprios como *sejam* (i) a posse (de modo espontâneo), (ii) o registo (de modo racionalizado) e (iii) opera ainda por determinadas publicações obrigatórias. Como menciona o ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a

---

<sup>187</sup> In *Direito Civil, Teoria Geral, Volume II, Acções e Factos Jurídicos*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2003, pp.64- 65.

<sup>188</sup> In *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, 1985, pp. 430-431.

forma, por só si não confere qualquer publicidade, esta para se efectivar depende do funcionamento de esquemas subsequentes, que com ela não estão ligados<sup>189</sup>.

Relativamente à *reflexão*, esta pode ser propiciada pela adopção de uma certa forma solene para o negócio jurídico, visto que a morosidade que acarreta poderia implicar uma maior ponderação das partes, todavia, não tem de ser inevitavelmente assim. O juízo sobre a suficiente reflexão das partes sobre o negócio, bem como sobre a sua decisão, poder-se-ia fazer no caso concreto e independentemente da forma adoptada para o negócio<sup>190</sup>.

Quanto à *prova*, as dificuldades de provar certo negócio jurídico põe em causa a própria existência do negócio jurídico e não a sua validade<sup>191</sup>. A este propósito, parece-nos defensável entender que, se a prova coloca em causa a própria ocorrência do negócio, então tal razão justificativa para a exigência de forma não poderá servir para fundamentar a aplicação do regime da nulidade quando seja preterida a forma legalmente exigida. Ou seja, o recurso à nulidade por preterição da forma legalmente exigida não pode, em nossa opinião, ser justificada pela maior facilidade de prova pois, apesar de a forma ter como fundamento, nomeadamente, razões de ordem pública, no que toca à facilidade de prova, esta somente diz respeito à existência ou à ocorrência do próprio negócio e não à sua validade<sup>192</sup>. Pelo exposto, esta razão justificativa não deve

---

<sup>189</sup> In *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, 2000, p.377-379, obra com 3ª edição, v., em especial, pp.567-569.

<sup>190</sup> Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, 2000, pp.377-379, obra com 3ª edição, v., em especial, pp.567-569. Refere este autor que, há um desfasamento entre as exigências formais e a importância dos negócios jurídicos em causa: em certos casos não se requer forma especial para actos que pelo seu papel, mereciam uma reflexão madura, enquanto que noutros casos, negócios de menor relevância ficam dela dependentes.

<sup>191</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, 2000, pp.377-379, obra com 3ª edição, v., em especial, pp.567-569.

<sup>192</sup> No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Setembro de 1995, Processo n.º 86647, BMJ 449 (1995) apreciou-se, essencialmente, se a carta enviada pela seguradora Ré à Autora, na qual esta confirmava a aceitação da emissão de apólices de seguro-caução a favor e nos montantes nela discriminados, podia consubstanciar uma válida celebração de um contrato. Ora, entendeu o douto Tribunal que a existência do contrato de seguro é evidente dado o mútuo consenso das partes no sentido da celebração do mesmo, mas a existência, na verdade, não significa a validade uma vez que o contrato é nulo por falta de forma. Apesar da invalidade, entendeu o Tribunal que numa situação de não respeito pela forma legalmente exigida, verificados os pressupostos do princípio da tutela da confiança, configura uma situação de abuso do direito, nos termos do artigo 334.º do Código Civil, a invocação da nulidade do contrato, na modalidade de *venire contra factum proprium*.

À data do Acórdão, o contrato de seguro ainda era regulado essencialmente pelo Decreto de 23 de Agosto de 1888 (Código Comercial), no qual o artigo 426.º dispunha o seguinte: “O contrato de seguro deve ser reduzido a escrito n’um instrumento, que constituirá a apólice de seguro”. Actualmente dispõe o artigo 32.º, n.º1 do Decreto-Lei 72/2008 de 16 de Abril que “A validade do contrato de seguro não depende de

servir de fundamento para a aplicação do regime da nulidade aquando da preterição da forma legalmente exigida<sup>193</sup>.

Ainda a propósito das exigências de forma, OLIVEIRA ASCENSÃO refere que as regras sobre forma não são regras inteligentes<sup>194</sup>.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO entende que não se pode abdicar, em definitivo, das razões justificativas de forma especial pelo que aponta as seguintes razões para a presença de exigências formais actualmente<sup>195</sup>:

- *a prova*: com um documento torna-se mais fácil comprovar a existência do negócio;
- *a autenticidade*: a forma solene permite demonstrar qual o conteúdo efectivo do negócio;
- *a identificação*: ajuda a identificar quem celebrou realmente o negócio;
- *a comunicação*: como contratar é comunicar, a observância de uma forma mais solene torna qualquer contrato mais sólido e efectivo;
- *a informação material*: a leitura de um documento permite conhecer melhor do que verdadeiramente se trata;
- *o indício material*: permite demarcar o objecto do negócio;
- *a delimitação e a finalização*: permite apurar, dentro dos documentos sucessivamente produzidos, qual o contrato a que é chegado;
- *a oficialização e a publicidade*: ambas são exponenciadas pela forma mais solene;
- *o sobreaviso e a protecção perante a precipitação*: as partes, com uma forma mais solene, têm maior possibilidade de se aperceberem do que está efectivamente em causa e das obrigações que assumem;
- *a consciencialização*: o facto de apor uma assinatura a um documento ou de fazer uma declaração, perante um notário, aumenta a ideia de autovinculação;

---

*observância de forma especial*”. O nº2 do mesmo preceito legal por sua vez dispõe que “*O segurador é obrigado a formalizar o contrato num instrumento escrito, que se designa de apólice de seguro, e a entrega-lo ao tomador do seguro*”. Ora, também de acordo com o actual regime do contrato de seguro, a forma do contrato prende-se com a questão da “validade” do mesmo.

<sup>193</sup> Havíamos-nos pronunciado neste sentido em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

<sup>194</sup> In *Direito Civil, Teoria Geral, Volume II, Acções e Factos Jurídicos*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2003, pp.64- 65.

<sup>195</sup> In *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.172 e ss. O autor refere ainda que os escopos justificativos da forma acima elencados não são exaustivos e conclui que, os fins da forma são assim bem mais amplos do que os tradicionalmente considerados.

- *a segurança dada pela intervenção de especialistas*: quando a forma solene implique a intervenção de um notário ou advogado há, em princípio, um exame do negócio e se necessário, far-se-ão as correcções que se imponham;
- *o equilíbrio*: se o negócio for solenemente concluído perante um notário, tal permite igualizar as partes, suprimindo a autoridade de uma sobre a outra;
- *a regulação*: permite uma supervisão mais eficaz, nomeadamente nas áreas da banca e seguros;
- *a tutela de terceiros e do tráfego*: quando pela forma, o negócio se torna acessível a terceiros e como tal pode ser ponderado por estes;
- *a fiscalização pública*: surgem múltiplos deveres administrativos e fiscais que resultam de negócios celebrados com forma solene e a sua sindicância é objectivada pela forma;
- *a viabilização*: alguns negócios implicam títulos escritos;
- *a executoriedade*: certas formas funcionam como título executivo;
- *a protecção do consumidor*: o Direito do consumo exige que os negócios sejam concluídos por escrito.

Este autor a propósito das razões justificativas para a exigência de forma especial para certos negócios jurídicos, conclui dizendo o seguinte: “pode determinar-se o verdadeiro alcance da remissão, feita pela lei, para as razões de exigência de certas formas negociais - ela visa uma reconstrução de tipo histórico-cultural que permita, em termos de mínima razoabilidade, determinar o âmbito da forma legal ou o sentido das declarações de vontade”<sup>196</sup>.

Ora, pelo exposto e conforme veremos também melhor adiante, podemos concluir que a questão da inalegabilidade de nulidades formais intervém na questão relativa à validade do negócio jurídico e não na questão relativa à existência ou à ocorrência do mesmo. Na inalegabilidade de nulidade formais, o que está em causa não é a existência ou a ocorrência do negócio jurídico (pois quanto a este facto não poderá haver dúvidas), mas antes a validade do negócio jurídico que corresponde à vontade das partes, o qual, porém, não respeitou as exigências formais exigidas para o mesmo.

---

<sup>196</sup> In *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.172-176.

## 6. A inalegabilidade de nulidades formais no quadro da teoria das invalidades

Perante a desconformidade de um negócio jurídico com a lei, com os interesses públicos tutelados legalmente ou no caso de ocorrência de algum vício da vontade, a ordem jurídica reage. Essa forma de reacção traduz-se na invalidade do negócio jurídico. No primeiro caso, tutelam-se interesses públicos; no segundo caso, tutelam-se interesses privados. Esta diferente tutela, de acordo com a natureza dos interesses em causa, reflecte-se na diferença do tipo e do regime de invalidade associado a cada caso.

No Direito Civil português actual, são dois os tipos de invalidade típicos: a nulidade e a anulabilidade.

A nulidade encontra-se prevista no artigo 286.º do Código Civil. Trata-se do desvalor mais grave porquanto tutela interesses públicos que são limites à autonomia privada, isto é, limites à liberdade de criação jurídica das partes. Nas palavras de MOTA PINTO<sup>197</sup>, a distinção entre nulidade e anulabilidade “corresponde à anterior distinção doutrinal entre nulidade absoluta e nulidade relativa”, sendo que “o regime e os efeitos mais severos da nulidade encontram o seu fundamento teleológico em motivos de interesse público predominante. As anulabilidades fundam-se na infracção de requisitos dirigidos à tutela de interesses predominantemente particulares”.

Esta maior gravidade associada à nulidade tem como consequências práticas alguns dos aspectos do seu regime:

- 1) A nulidade é invocável a todo o tempo;
- 2) Quanto à legitimidade, pode ser arguida por qualquer interessado;
- 3) Pode ser conhecida oficiosamente pelo tribunal;
- 4) A declaração de nulidade retroage ao momento da celebração do negócio jurídico (eficácia *ex tunc*);
- 5) A decisão judicial de declaração de nulidade tem natureza declarativa e não constitutiva.

---

<sup>197</sup> CARLOS MOTA PINTO (actualizado por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, 2012, p. 618.



As primeiras três características acima indicadas resultam expressamente do artigo 286.º do Código Civil; as duas últimas têm sido tradicionalmente apontadas pela doutrina atendendo à natureza da nulidade.

No que respeita à anulabilidade, esta encontra-se prevista no artigo 287.º do Código Civil, sendo caracterizada pelas seguintes particularidades de regime:

- 1) O negócio anulável produz efeitos até ao momento da sua anulação judicial;
- 2) A anulação pode ser arguida pelas pessoas em cujo interesse a lei a estabelece;
- 3) A anulação pode ser requerida dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe dá origem;
- 4) A sentença de anulação produz efeitos *ex nunc*;
- 5) A sentença de anulação do negócio jurídico tem eficácia meramente constitutiva.

Como já afirmámos quanto à nulidade, as três primeiras características resultam directamente do artigo 287.º do Código Civil; as duas últimas resultam de considerações da doutrina e mesmo da jurisprudência.

O regime mais restritivo quanto à legitimidade para invocar a anulabilidade, incluindo a possibilidade de o Tribunal a conhecer, e quanto aos efeitos explica-se atendendo à natureza privada dos interesses protegidos por este tipo de invalidade.

Essencialmente, a anulabilidade visa proteger o elemento que define o negócio jurídico: o elemento volitivo, a vontade das partes. Sendo o negócio jurídico a “expressão máxima” da autonomia privada, então os efeitos produzidos pelo negócio devem reflectir a vontade real das partes. Se não o fizer, o negócio sofrerá de vício, podendo a parte afectada requerer a sua anulação. A título de exemplo, invoque-se o artigo 247.º do Código Civil: *“Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro”*.

Segundo a lição de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “na nulidade, o Direito recusa a validade; na anulabilidade, confere a certas pessoas especialmente protegidas a faculdade de se libertarem do negócio pedindo ao tribunal que o anule. A anulabilidade é estabelecida em protecção de certas pessoas que o Direito entende, no caso, especialmente carecidas de tutela. É um regime especial de protecção. Perante certos vícios, ensina a experiência que há certas pessoas que correm certos riscos. É o caso, entre outros, do menor ou do incapaz que celebram pessoal e directamente um negócio para o qual podem não ter o necessário discernimento ou liberdade; é o caso da vítima de usura, do erro, do dolo, da coacção, da incapacidade accidental; é ainda o caso do negócio consigo mesmo”<sup>198</sup>.

Isto é, a natureza privada dos interesses protegidos pelo desvalor da anulabilidade é confirmada quer pela restrição da possibilidade da sua arguição aos titulares de interesses que a lei reconheça, quer pela impossibilidade de o Tribunal conhecer a anulabilidade do negócio jurídico. Cabe, pois, aos interessados avaliar a justeza da manutenção da eficácia do contrato ou requerer a sua anulação. Nem mesmo o Juiz se poderá substituir ao juízo das partes, anulando, sem para tal ter sido provocado, o negócio jurídico, pois, nos casos de anulabilidade “o Direito não tem a certeza de que o negócio seja desvalioso mas receia que o seja, e adopta uma atitude cautelosa. Sem impor a invalidade, concede à vítima ou à pessoa que considera especialmente em perigo e carecida de protecção a possibilidade de se livrar do negócio, se assim o desejar. Cessado o vício e dentro dum prazo razoável, quem se sentir vitimado ou prejudicado tem a liberdade de manter ou não o negócio”<sup>199</sup>.

### **6.1. A modelação dos efeitos típicos da nulidade: as invalidades mistas ou atípicas**

Vistas as diferenças de regime e natureza da nulidade e da anulabilidade, há que perguntar se tais características justificam a distinção legal entre estes dois tipos de invalidade. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO responde nos seguintes termos, “cremos que sim. Elas verificam-se em todas as hipóteses. Não há nenhuma previsão de

---

<sup>198</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 647.

<sup>199</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 648.

nulidade, por mais especial, em que isto não aconteça (...). Por isso, diremos definitivamente que a nulidade e a anulabilidade são institutos gerais, que se manifestam nas invalidades particulares”<sup>200</sup>.

No entanto, este Autor parece admitir que os efeitos da nulidade e da anulabilidade poderão ser modelados, alterados pelo recorte de várias normas legais e da natureza das situações jurídicas consideradas, aplicando-se, ainda assim, o regime geral “sempre que não houver razão para o afastar, pela índole da particular invalidade em causa”<sup>201</sup>.

No que respeita às invalidades mistas, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO considera que não parece que a lei as consagre, para além, ou termos diferentes, dos tipos de invalidade da nulidade e da anulabilidade, “dada a bipartição de núcleos operada, os vários casos são ou de nulidade ou de anulabilidade; e dentro de cada categoria, são de regime comum ou regime especial”. Por esta razão, avança este Autor que não é necessário a construção de uma invalidade mista<sup>202</sup>.

No entanto, após excluir a admissibilidade ou necessidade de invalidades mistas no Direito Civil português, o douto Professor da Faculdade de Direito de Lisboa menciona que podem surgir desvios ao regime típico da nulidade e da anulabilidade, referindo-se às invalidades atípicas ou especiais.

Estas aplicar-se-iam nos casos em que o regime de invalidade se afastasse do regime comum, podendo representar um novo tipo de invalidade, fora dos tipos comuns de nulidade ou de anulabilidade (invalidade atípica) ou apresentar um regime especial diferente dos artigos 285.º e seguintes do Código Civil<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral, II*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2003, p. 386.

<sup>201</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral, II*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2003, p. 386.

<sup>202</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral, II*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2003, p. 387. Não obstante, este Autor cita, a última edição das suas lições de Teoria Geral do Direito Civil, um exemplo legal de invalidade mista, concretamente o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 321-B/90 de 15 de Outubro, ora revogado, que previa as chamadas invalidades mistas de pretérito, regulando que “*O disposto nos artigos 7.º e 8.º do Regime do Arrendamento Urbano não prejudica os precisos efeitos que os artigos 1.º do Decreto-Lei n.º 13/86, de 23 de Janeiro, e 1029.º, n.º 3 do Código Civil reconheciam aos contratos celebrados antes da entrada em vigor do presente diploma*”, a qual era um caso de inalegabilidade de nulidade formal, na opinião de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO. O preceito foi entretanto revogado pela Lei 6/2006 de 27 de Fevereiro, que aprovou o Novo Regime Jurídico do Arrendamento Urbano.

<sup>203</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral, II*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2003, p.388.

No entanto, para OLIVEIRA ASCENSÃO, as invalidades atípicas são uma mera abstracção jurídica, apenas admitindo (e reconhecendo serem frequentes) as invalidades especiais, verificando-se estas sempre que “não obstante se verifique a compatibilidade com o conceito de nulidade ou de anulabilidade, haja desvios em relação ao regime comum destas figuras”. Portanto, o negócio jurídico será sempre nulo ou anulável, consoante se verifiquem os traços essenciais de cada figura, ainda que haja desvios em relação ao seu regime comum, devendo ponderar-se nomeadamente “se há uma prevalência do interesse geral, caso em que se concluirá pela nulidade ou se há a conveniência de deixar a solução na discricionariedade do interessado directo, caso em que se decidirá pela anulabilidade”<sup>204</sup>.

Em termos semelhantes se pronunciou PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ressaltando, no entanto, que há grupos de casos típicos em que se aplica a doutrina das invalidades atípicas. Neste sentido, escreve este douto autor que esta categoria de invalidades “assim sucede, cada vez com maior frequência quando se protege uma das partes tida como tipicamente mais fraca ou mais carecida de protecção, em detrimento da outra. São paradigmáticos os regimes do contrato-promessa “de celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício ou fracção autónoma dela, já construído, em construção ou a construir” em que a nulidade emergente da preterição de formalidades aí exigidas só pode ser invocada pelo “contraente que promete transmitir ou constituir o direito” quando o vício “tenha sido culposamente causado pela outra parte”. Regime semelhante consta do artigo 3.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 385/88 de 25 de Outubro<sup>205</sup> (Regime do Arrendamento Rural), em que se impede a invocação da nulidade formal pela parte que lhe deu causa. Outro importante desvio do regime típico da invalidade encontra-se no regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, nos artigos 12.º e seguintes do respectivo diploma”<sup>206</sup>.

Na última edição do seu manual de Teoria Geral de Direito Civil – correspondendo à 8.ª edição - PEDRO PAIS DE VASCONCELOS mantém a sua posição, apesar de a lei do

---

<sup>204</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2003, p. 391.

<sup>205</sup> Actualmente revogado pelo Decreto-Lei n.º 294/2009, de 13 de Outubro.

<sup>206</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 657.

arrendamento rural ter sido revogada pela Lei 294/2009 de 13 de Outubro, nomeadamente o artigo 6.º que dispõe que o contrato de arrendamento rural é nulo caso não seja observada a forma escrita<sup>207</sup>.

A razão de ser das invalidades mistas, também segundo MOTA PINTO, reside na preferência do legislador em quebrar a “harmonia estética do sistema” para configurar “soluções (invalidades mistas) mais adequadas aos interesses que constituem a matéria da respectiva regulamentação”<sup>208</sup>.

No mesmo sentido, e em termos mais desenvolvidos, alinha ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. Após elencar as características (típicas) da nulidade, escreve “todavia: o próprio Código civil prevê regimes diferenciados para certas nulidades: vejam-se os artigos 242.º e 243.º do Código Civil. A matéria é suficientemente significativa para permitir uma reformulação do quadro das invalidades”<sup>209</sup>.

Neste sentido, o ilustre Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa propõe uma reformulação da teoria da invalidade, que, no que toca especificamente à nulidade, levaria à cisão entre nulidades absolutas e nulidades relativas, pois a “confluência com outros princípios leva, todavia, a todo um conjunto de entorses, no que, à partida, seria um regime lógico e coerente. Assim:

- o simulador não pode arguir a nulidade da simulação contra o terceiro de boa-fé (243.º/1);
- o vendedor da coisa alheia não pode opor a sua nulidade ao comprador de boa-fé, assim como não pode opô-la ao vendedor de boa-fé o comprador doloso (892.º);
- a nulidade da venda de bens alheios pode cessar por convalidação (895.º);
- a nulidade do contrato de sociedade de capitais, só invocável em certas circunstâncias, é igualmente sanável;

---

<sup>207</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 657.

<sup>208</sup> CARLOS MOTA PINTO (actualizado por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª edição, 2012, p. 620.

<sup>209</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 4.ª edição, 2014, Almedina, Coimbra, p. 923.

- a nulidade de uma deliberação social não é invocável, em determinadas situações, por certos sócios (56.º/3 do CSC) pode ser ultrapassada pela renovação da deliberação inválida (62.º do mesmo Código);
- a lei prevê, no domínio da família (1939.º/2) e dos negócios gratuitos (968.º e 2309.º), negócios nulos confirmáveis”.

A variedade de exceções ao regime comum da nulidade, leva ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO a perguntar: “O que se passa?”. Passando, seguidamente, à resposta: “Pois bem: nas exceções acima apontadas, teremos de admitir que a natureza limitada dos interesses protegidos, dobrado pelo princípio da tutela da confiança, contrariam a lógica da nulidade. Com efeito, quer o bloqueio de certas nulidades perante pessoas de boa-fé, quer a convalidação por certos desaparecimentos supervenientes de vícios visam proteger a confiança de determinados interessados, com o reforço daí derivado, da circulação de bens. Prosseguindo: o negócio nulo, nos casos previstos, mantém-se em vida não a se mas por força do princípio da confiança”. Este é, pois, o fundamento para o ilustre Professor da diferenciação entre nulidades absolutas e nulidades relativas, correspondendo estas últimas as que “ocorrem sempre que surja uma nulidade susceptível de não ser invocável por qualquer interessado ou que seja sanável. Neste último caso, a jurídica-positividade do negócio advém da tutela da confiança; além disso, a nulidade já não é invocável por todos. *A fortiori*: não pode ser declarada, de ofício, pelo juiz”<sup>210</sup>.

Concluindo: “quanto à explicação dogmática: as nulidades relativas derivam de um concurso:

- entre a permissão genérica de as invocar;
- e o direito potestativo de, *ex bona fide*, ou conservar os efeitos do negócio ou, saneado o negócio, fazer surgir *ex novo*, as posições jurídicas equivalentes ao negócio nulo”. No entanto, a “nulidade relativa é estruturalmente diferente da anulabilidade: apenas na aparência as duas figuras se aproximam. Com efeito, na nulidade, ainda que relativa, mantém-se a permissão genérica de impugnação; todavia, esta é contraditada pontualmente pelo direito potestativo de invocar a tutela da confiança, detendo a

---

<sup>210</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 4.ª edição, 2014, Almedina, Coimbra, p. 944.

impugnação ou provocando a legitimação superveniente, com a consequente convalidação do negócio. O ónus da prova decorre deste cenário:

- na nulidade relativa, a pessoa protegida invoca e demonstra os factos de que decorre a tutela;
- na anulabilidade, o interessado fará prova dos factos que dão azo ao seu direito à impugnação”<sup>211</sup>.

Já OLIVEIRA ASCENSÃO relacionara a nulidade com a questão da boa-fé, mais concretamente da confiança, entendendo que “na boa fé atende-se primeiramente à posição de um agente, na confiança à posição de terceiro. E esta base possibilita logo a distinção de outra realidade com a qual a confiança aparece frequentemente misturada: a aparência. Nesta, apontam-se características da situação existente: na confiança, atende-se à posição de terceiros face a esta situação. Embora, como é natural, uma determinada valoração para determinar manifestações de aparência e confiança”<sup>212</sup>.

Avança, ainda, o mesmo autor que a “confiança pode ser abstracta, potencial ou concreta. Abstracta, quando a confiança é um factor pré-legislativo, visando a regra criar um ambiente de confiança, independentemente de saber se essa confiança foi realmente criada”. Potencial ou abstracto-concreta, quando se exige “a verificação histórica duma situação potencialmente apta a criar confiança; mas prescinde-se da verificação da criação subjectiva de confiança, em consequência de uma situação”. Será concreta, por sua vez, se depender da verificação de uma situação histórica que cria efectivamente a confiança no sujeito. As duas primeiras situações de confiança são objectivas; a última é subjectiva, sendo, para OLIVEIRA ASCENSÃO, esta subjectividade que constitui a fraqueza do princípio da tutela da confiança<sup>213</sup>.

Passamos, de seguida, à análise da recepção da teoria das invalidades mistas ou atípicas (ou da teoria de reformulação da invalidade) na jurisprudência portuguesa. Para cumprir esta tarefa, indicaremos algumas decisões dos Tribunais portugueses que pensamos serem ilustrativas da posição da jurisprudência quanto ao problema que agora nos ocupa.

---

<sup>211</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 4.ª edição, 2014, Almedina, Coimbra, p. 945.

<sup>212</sup> JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Coimbra Editora, Coimbra, p.391.

<sup>213</sup> JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Coimbra Editora, Coimbra, p.396.

Versando sobre a omissão pelo notário de certificação de utilização ou de construção do imóvel na celebração de contrato-promessa, o Supremo Tribunal de Justiça em Acórdão de 07-10-2004, Processo n.º04B2910 (FERREIRA DE ALMEIDA) decidiu o seguinte<sup>214</sup>:

*“No caso de promessa relativa à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, já construído, em construção ou a construir, o documento referido no número anterior deve conter o reconhecimento presencial da assinatura do promitente ou promitentes e a certificação, pelo notário, da existência da licença respectiva de utilização ou de construção; contudo, o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão destes requisitos quando a mesma tenha sido culposamente causada pela outra parte. Ora, no documento titular do contrato a que se reportam os autos foram omitidos, quer o citado reconhecimento presencial, quer a aludida certificação notarial. Face a tal quadro negocial, pretenderiam os AA. fazer funcionar o comando do n.º 3 do art.º 410.º do C. Civil (na redacção introduzida pelo DL 379/86, de 11/11). Mas qual o vício gerado pela preterição do formalismo legal? Uma vez que a mesma seria «de per si» afectadora da validade do contrato, não restam dúvidas de que se trataria da omissão de formalidades «ad substantiam»”.*

Prossegue o douto Tribunal assinalando que “a exigência, no contrato-promessa, das formalidades «ad substantiam» do reconhecimento presencial das assinaturas e da certificação, pelo notário, da respectiva licença de utilização ou de construção do imóvel prometido vender, surge com vista a defender o interesse do promitente-comprador, que, por vezes, por menos avisado em assuntos de natureza jurídica, pode vir a sentir-se frustrado quanto ao negócio que realizou na melhor das boas fés (ver também preâmbulo do DL 236/80, de 18/7). (E também como forma de combate à construção clandestina). Tanto assim que só a ele cabe o direito de invocar a imperfeição do negócio, não podendo a omissão das formalidades ser invocada por terceiro, nem ser oficiosamente conhecida pelo tribunal - conf. Assento de 1-2-95, in DR, 1ª série, de 22-4-95 -, sendo que o promitente vendedor só terá esse direito se essa

---

<sup>214</sup> A propósito do disposto no artigo 410.º, n.º 3 do Código Civil.



*omissão houver sido culposamente causada pela outra parte, como já se disse. Daí que a doutrina e jurisprudência dominantes qualifiquem esse vício, não como uma nulidade absoluta "tout curt", mas como uma nulidade mista, «sui generis» ou atípica - não invocável por terceiros nem conhecida oficiosamente pelo tribunal. Isto porque não está em causa o interesse jurídico-público geral da invalidade do negócio, mas apenas o da tutela do específico interesse da protecção ao promitente-comprador. (...) Não pois uma nulidade típica - ainda que mais próxima do regime da mera anulabilidade, designadamente no que respeita ao limite do prazo de arguição - podendo, quanto à licença de construção ou utilização, ser sanada mediante a prova na acção da sua existência ou desnecessidade - Assentos 15/94 e 3/95 (DR, I Série-A, de 12/10/94 e 22/4/95, respect. e art.s 410 °nº 1 e 906º nº 1, ex-vi do artº 913º nº 1, todos C. Civil”.*

*Conclui, nos seguintes termos, o Supremo Tribunal de Justiça neste seu arresto: “Deste modo, o regime jurídico aplicável à invalidade atípica ou mista resultante da omissão das formalidades do nº 3 do art. 410 será, em princípio, o contemplado no art. 287º nº 2 do C. Civil para a mera anulabilidade, tendo pois como limite peremptório de arguição o momento do cumprimento do contrato, como lógico corolário da natureza e objecto do contrato-promessa - a realização do contrato prometido”.*

*Perante situação de facto semelhante, pronunciou-se o mesmo Tribunal no seu Acórdão de 8-06-2010, Processo n.º3161/04.6TMSNT.L1.S1 (LOPES DO REGO): “pode considerar-se convalidada a nulidade emergente da falta de certificação notarial da licença de utilização do imóvel, já que se apurou que a mesma já existia à data da celebração do contrato promessa; pelo contrário, subsiste inteiramente a outra causa da invalidade, decorrente da omissão de reconhecimento das assinaturas dos outorgantes; como é manifesto, não resulta minimamente da matéria de facto apurada que tal omissão seja imputável ao promitente-comprador, pelo que nada obsta a que este se possa prevalecer da dita invalidade formal no confronto da sociedade imobiliária que figura como promitente vendedora, nos termos do nº3 do art.410º do CC; a invocação da referida nulidade pelo sujeito em cujo interesse é essencialmente estabelecida só poderia resultar precludida se estivesse documentada nos autos uma situação susceptível de se configurar como de abuso de direito”.*

O Supremo Tribunal é, ainda, mais concreto: *“É, no essencial, aliás, este o objecto da controvérsia, tal como emerge da argumentação da entidade recorrente: na sua óptica, o motivo essencial subjacente à invocação da nulidade – a ausência de disponibilidades financeiras para realizar o remanescente do preço, uma vez que a A. não lograra obter acesso ao crédito bancário – traduziria «abuso de direito na invocação da nulidade, porquanto tal invocação é instrumento de interesses pessoais e negação de interesses sensíveis da apelante» - que teria aceite um «sinal diminuto» no interesse da A., quando poderia logo ter procedido à venda da fracção em causa”*.

Ressalvando, no entanto, aquele Tribunal que *“Tal via argumentativa é, porém, manifestamente improcedente, não podendo obviamente generalizar-se e banalizar-se o recurso à figura do abuso de direito como forma de – sindicando os motivos pessoais e subjectivos que estão na base da invocação da nulidade pelo interessado cujo interesse é por ela prosseguido - acabar por se precluir a aplicação sistemática do regime legal imperativo que comina determinada invalidade por motivos de deficiências de forma do acto jurídico. Na verdade, tratando-se de entidade que actua profissionalmente no comércio imobiliário, seguramente não podia ignorar que a ausência do reconhecimento presencial das assinaturas retirava inelutavelmente estabilidade ao negócio, colocando-a sob o risco fundado de o promitente-comprador invocar – como veio a ocorrer precisamente – invalidade que a lei prevê como forma específica e prioritária de tutela dos seus interesses. A confiança justificadamente depositada na estabilidade do negócio pelo sujeito que invoca o abuso de direito na sua anulação pela parte contrária não pode fundar-se, apenas e singelamente, na celebração do acto formalmente inválido, sendo naturalmente indispensável a invocação e demonstração de um adicional comportamento da parte que, de forma séria e consistente, haja criado a convicção de que tal vício não iria ser actuado. Ora, não é legítimo extrair da matéria de facto apurada que o promitente-comprador criou na ora recorrente uma expectativa, sólida e fundada, de que teria renunciado a invocar a nulidade do negócio – sendo manifesto que a mera existência de negociações para devolução de uma parcela do sinal não tem seguramente tal sentido”*.

Veja-se também o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-06-2014, Processo n.º5910/11.7TBMAI.P1 (CARLOS GIL), o qual versou sobre a invocação por parte do empreiteiro da nulidade do contrato por inobservância da forma escrita: *“Nessa altura,*

*por força do disposto no nº 1, do artigo 29º, do decreto-lei nº 12/2004, de 09 de Janeiro, [o]s contratos de empreitada de obra particular cujo valor ultrapasse 10 % do limite fixado para a classe 1 são obrigatoriamente reduzidos a escrito e devem ter o seguinte conteúdo mínimo:*

- a) Identificação completa das partes outorgantes;*
- b) Identificação dos alvarás;*
- c) Identificação do objecto do contrato, incluindo as peças escritas e desenhadas, quando as houver;*
- d) Valor do contrato;*
- e) Prazo de execução;*
- f) Forma e prazos de pagamento.*

*Nos termos do nº 2, do mesmo artigo, na redacção então em vigor a não observância do disposto no número anterior gera a nulidade do contrato e presume-se imputável à empresa adjudicatária. Por força da Portaria nº 1300/2005, de 30 de Novembro o limite fixado para a classe 1 era de € 150.000,00 à data da conclusão do contrato, pelo que o contrato cujo preço fosse superior a € 15.000,00 devia ser obrigatoriamente reduzido a escrito. No caso em apreço, dúvidas não subsistem que o preço da empreitada acordada ultrapassaria necessariamente o montante de € 15.000,00, pelo que deveria ter sido reduzido a escrito, assim se evitando muitas das controvérsias que constituíram objecto destes autos.*

*Embora a questão da forma do contrato não tenha sido expressamente debatida nos autos, pode com razoável segurança concluir-se que as partes não reduziram o contrato a escrito, pois que se assim tivesse sucedido, certamente não teriam deixado de o exhibir. Assente a não redução a escrito do contrato de empreitada, a questão que se coloca é se o ora recorrente, empreiteiro, tem legitimidade para arguir a nulidade decorrente de inobservância de forma escrita naquele contrato.*

*Se se entender aplicável o que actualmente vem disposto no nº 4, do artigo 29º, do decreto-lei nº 12/2004, de 09 de Janeiro, na redacção introduzida pelo decreto-lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, a resposta é claramente negativa, porquanto dela resulta expressamente a ininvocabilidade da nulidade por vício de forma por parte do empreiteiro.*

*A entender-se aplicável a previsão que vigorava na data da celebração do contrato, a questão não é tão linear, já que a segunda parte do n.º 2, do artigo 29.º, do decreto-lei n.º 12/2004, de 09 de Janeiro, apenas presumia que a inobservância da forma legal era imputável à empresa adjudicatária da empreitada, não esclarecendo que tipo de presunção estava em causa, pelo que, à luz das regras gerais (artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil), essa presunção seria ilidível pelo empreiteiro (...).*

*No entanto, não parece que este entendimento restritivo das condições de validade formal do negócio seja o acolhido pelo legislador civil, parecendo, ao contrário, que além da referência à forma propriamente dita, também são abarcadas pela lei do momento da celebração do negócio as condições e consequências da invalidade, aí se contendo a determinação das pessoas com legitimidade para arguirm o vício.*

*Por isso, conclui-se que o recorrente tem legitimidade, formal, para arguir o vício de forma do contrato por si ajuizado.*

*No entanto, a inobservância da forma legal presume-se imputável ao recorrente e não foi alegada nem provada qualquer factualidade que ilida essa presunção, razão pela qual, improcede a arguição da nulidade formal invocada pelo recorrente, sob pena de, caso contrário, se dar cobertura a um verdadeiro abuso de direito, permitindo que o causador do vício o pudesse vir posteriormente arguir”.*

Sentencia, de seguida, o Tribunal da Relação do Porto com interesse para a matéria que agora analisamos: “Além disso, essa nulidade não é de conhecimento oficioso, pois trata-se de nulidade atípica que se presume imputável ao empreiteiro, para exclusiva protecção do dono da obra. Esta teleologia é incompatível com o conhecimento oficioso de tal vício pois ir-se-ia cometer a um terceiro estranho ao negócio (o tribunal) o possível conhecimento do vício formal contra ou sem a vontade da parte que com tal regime se pretende precipuamente tutelar”.

Já no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-02-2008, Processo n.º366/05.6TBTND-A.C1 (COSTA FERNANDES), aprecia-se a possibilidade de o consumidor invocar a nulidade contra a sociedade financeira por falta da forma legalmente prescrita para o contrato de crédito ao consumo. Começando a sua análise ao

Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro<sup>215</sup>, o Tribunal considera que “No preâmbulo deste diploma, o legislador deixou bem vincado que importa proteger o consumidor das condições abusivas frequentemente insertas nesses contratos e garantir-lhe uma informação completa e verdadeira, susceptível de contribuir para uma correcta formação da vontade de contratar. Segundo o artº 6º, 1, do referido decreto-lei, o contrato de crédito deve ser reduzido a escrito e assinado pelos contraentes, sendo obrigatoriamente entregue um exemplar ao consumidor, no momento da respectiva assinatura.

Prescreve o art. 7º, 1, que o contrato é nulo, quando não for observado o disposto no nº 1 do art. 6º. Por seu turno, estatui o art. 7º, 4, que a inobservância dos requisitos previstos no art. 6º presume-se imputável ao credor e a invalidade do contrato só pode ser invocada pelo consumidor.

Fica assim patente que o mencionado art. 6º tem natureza imperativa, impondo a efectiva entrega ao consumidor de um exemplar do contrato, no momento da assinatura, sob cominação de nulidade deste.

Nesta conformidade, o «contrato de crédito ao consumo» é nulo, quando:

- a) Não for reduzido a escrito;
- b) Não haja sido entregue um exemplar do respectivo texto ao consumidor, no momento da sua assinatura”.

Conclui o Tribunal da Relação de Coimbra: “A cominação da indicada nulidade visa a protecção do consumidor, pois que, como se refere no Ac. do STJ, de 22-06-2005, in CJ(STJ), Ano XIII, T. II, p. 134 a 140, com a assinatura do contrato inicia-se o período de reflexão de 7 dias que o artº 8º, 1 assegura ao mutuário, pelo que este deve receber um exemplar do contrato, de forma a estar em condições de efectivamente ponderar, durante esse período de tempo, as consequências do compromisso assumido e, assim, exercer ou deixar de exercer, esclarecidamente o direito potestativo extintivo de arrependimento que essa disposição legal lhe confere.

Trata-se de uma nulidade atípica, no sentido de que só pode ser arguida pelo consumidor”.

---

<sup>215</sup> Ora revogado pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho.

Por sua vez, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu no seu Acórdão de 07-05-2014, Processo n.º7185/09.9TBCSC.L1.S1 (LOPES DO REGO), a propósito do regime jurídico do contrato de mediação: *“Acresce que o contrato de mediação imobiliária é um contrato formal por força da lei, face do estipulado no art. 19º do DL 211/04 (aplicável à situação dos autos) que impõe a sua sujeição à forma escrita, com menção obrigatória das especificações referenciadas no nº2 desse artigo (entre as quais avulta o estabelecimento contratual das condições de remuneração do mediador, nomeadamente o montante, percentagem e forma de pagamento, com indicação da taxa de IVA aplicável), prescrevendo o nº8 desse preceito legal que o incumprimento do disposto nos n.os 1 e 2 desse artigo gera a nulidade do contrato, não podendo esta, contudo, ser invocada pela empresa de mediação”*.

Por último, cite-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26-01-2006, Processo n.ºRP200601260536251 (JOSÉ FERRAZ), sobre o regime da venda de coisa alheia: *“A nulidade prevista para a venda de coisa alheia é uma nulidade atípica ou mista, pois não pode ser oposta pelo vendedor a comprador de boa fé (...) nem pelo comprador doloso (...) ao vendedor de boa fé – por razões de moralidade e justiça. E qualquer deles não poderia deixar de considerar-se um interessado, nos termos do art. 286º do CC. Por outro lado, ao contrário da verdadeira nulidade prevista nesse artigo 286º e seguintes, a nulidade prevista no artigo 892º é sanável, nos termos do art. 895º (ambos do CC)”*.

Dos exemplos apresentados de decisões dos Tribunais portugueses, podemos apresentar as seguintes conclusões:

- 1) Os Tribunais portugueses acolhem com abundância, e sem controvérsia, a figura das “nulidades atípicas”, não aplicando os traços típicos da nulidade comum, sobretudo no que respeita à legitimidade para arguir a nulidade e à possibilidade de o Tribunal conhecer *ex officio* a invalidade;
- 2) Na maioria dos casos, a aplicação da atipicidade da nulidade prende-se com desvios ao regime da legitimidade para arguição da invalidade motivados por razões de tutela da confiança, ligada ao princípio da boa-fé; a materialidade do caso deve prevalecer sobre a formalidade do negócio jurídico;

- 3) Os Tribunais acolhem também a nulidade atípica, considerando os interesses tutelados pela norma, destacando a protecção dos consumidores, devido à sua debilidade na relação contratual estabelecida com profissionais.

Ponto é que a parte interessada invoque (e prove) a relação de confiança, reconhecendo, no entanto, os Tribunais portugueses a possibilidade de conhecer o abuso do direito. Podemos, pois, concluir que o universo das nulidades atípicas (pelo menos, as conhecidas e declaradas pelos tribunais portugueses) inclui, sobretudo, precisamente o caso das inalegabilidades de nulidades formais.

## **6.2. Posição adoptada quanto ao acolhimento da tese da reformulação da teoria das invalidades (*rectius*: quanto à nulidade)**

Analisadas a doutrina e a jurisprudência nacionais mais relevantes, importa agora tomar posição. Entendemos, no mesmo sentido de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO<sup>216</sup>, que se impõe uma reformulação da teoria das invalidades e, em concreto, da nulidade<sup>217</sup>. O primeiro argumento que justifica esta nossa posição prende-se com a visão que partilhamos do Direito como um sistema caracterizado pela (potencial) completude, durabilidade e unidade valorativa.

Ora, precisamente porque o Direito representa um sistema tendente à completude e unidade valorativa, as regras sobre forma do contrato integram-se no cerne deste sistema. Estas não podem ser interpretadas isoladamente, desgarradas do complexo normativo civilístico. Logo: as regras sobre forma dos contratos terão necessariamente de ser cotejadas com os princípios, valores e interesses estruturantes do Direito Civil, *maxime* o princípio da tutela da confiança integrante do instituto da boa-fé.

Assim sendo, pensamos que são as regras sobre forma que se deverão adaptar, flexibilizar atendendo à primazia de outros princípios de Direito Civil e não as regras

---

<sup>216</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Confirmação no Direito Civil*, in Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem, Almedina, 2012, pp. 192 e ss.

<sup>217</sup> No mesmo sentido em que nos havíamos pronunciado anteriormente em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

materiais e os princípios de Direito civil (que constituem o cerne deste ramo do Direito, ao invés das regras de forma que são, sobretudo, um resquício histórico-cultural) que devem ser afastados em favor das regras sobre a forma dos contratos.

Por outro lado, como já foi assinalado pela doutrina, são várias as manifestações de “nulidades atípicas” no Código Civil. Vejamos algumas delas:

*a) Arguição da nulidade do negócio simulado*

Dispõe o artigo 243.º, n.º 1 do Código Civil: “*A nulidade proveniente de simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa fé*”, sendo que “*a boa fé consiste na ignorância da simulação ao tempo em que foram constituídos os respectivos direitos*” (n.º 2), considerando-se “*sempre de má fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo de acção de simulação, quando a este haja lugar*” (n.º 3).

A razão de ser desta norma prende-se precisamente com a proibição da prática de actos abusivos, à luz do artigo 334.º do Código Civil, designadamente na modalidade de *tu quoque*. A parte que provocou a invalidade não poderá aproveitar-se dessa nulidade contra terceiros de boa-fé; como praticou o acto nulo terá de se conformar com os efeitos desse acto. O exercício pelo simulador de posição jurídica (arguição da nulidade por si criada) em abuso do direito motiva a *sanção* legal de paralisação do exercício dessa posição jurídica. Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “uma vez mais, o legislador afasta a simulação do regime geral previsto para a nulidade clássica”<sup>218</sup>.

*b) Arguição da nulidade decorrente da venda de coisa ou direito litigioso pelo comprador*

Segundo o artigo 876.º, n.º 3 do Código Civil no âmbito do regime da venda de coisa ou direito litigioso “*a nulidade não pode ser invocada pelo comprador*”. Recorde-se que não podem ser compradores de coisa ou direito litigioso, quer directamente, quer por interposta pessoa, aqueles a quem a lei não permite que seja feita a cessão de créditos ou

---

<sup>218</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p.896.



direitos litigiosos. Remete, pois, a lei para o regime da cessão de créditos: “a cessão de créditos ou outros direitos litigiosos feita, directamente ou por interposta pessoa, a Juízes ou magistrados do Ministério Público, funcionários de justiça ou mandatários judiciais é nula, se o processo decorrer na área em que exercem habitualmente a sua actividade ou profissão; é igualmente nula a cessão desses créditos ou direitos feita a peritos ou outros auxiliares de justiça que tenham intervenção no respectivo processo”, entendendo-se que “a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido” (artigo 579.º, n.º1 e 2 do Código Civil).

E o que é um direito litigioso? Responde o nº 3 do mesmo preceito legal, dispondo que “diz-se litigioso o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado”.

A razão de ser da nulidade da venda de crédito ou direito litigioso prende-se com a ideia de conflito de interesses e a possibilidade de um dos contratantes tirar partido da sua posição funcional em prejuízo do outro.

Quanto à proibição de invocação de nulidade, esta explica-se, mais uma vez, pela proibição de *tu quoque*: aquele que deu origem à nulidade (ou a outra parte que não aquela que a lei protege por via da nulidade) não poderá depois aproveitar-se dela<sup>219</sup>.

### *c) Inoponibilidade da nulidade da venda de coisa alheia*

Nos termos do artigo 892.º do Código Civil “É nula a venda de bens alheios sempre que o vendedor careça de legitimidade para a realizar; mas o vendedor não pode opor a nulidade ao comprador de boa fé, como não pode opô-la ao vendedor de boa fé o comprador doloso”.

O contrato de compra e venda de coisa alheia ocorre sempre que o alienante dispõe de coisa alheia (isto é, de coisa de que terceiro é proprietário) como se fosse própria. Tem-

---

<sup>219</sup> Sobre este regime, RAUL VENTURA, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 40, Volume II, 1980, pp. 262 e ss.

se ainda acrescentado mais dois requisitos: a coisa não estar fora do comércio e ser uma coisa presente, pois caso contrário aplicar-se-á o regime da compra e venda de bens futuros, o que resulta dos artigos 893.º e 904.º do Código Civil.

A nulidade da venda de coisa alheia justifica-se pela disposição por parte do alienante de um direito de que não dispõe: isto é, sem legitimidade. A disposição de direito por sujeito que não o seu titular impõe a mais severa censura do Direito: em Direito Civil, essa é a nulidade. No entanto, o contraente de má-fé não a poderá opor ao contraente de boa-fé. Para INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, a nulidade foi consagrada “apesar de tudo, pelo legislador civil” pois “visa evitar o perigo de aparências enganadoras e desencorajar tentativas de intromissão ilícita na órbita alheia”<sup>220</sup>.

Já para MANUEL CARNEIRO DA FRADA, a nulidade da venda de coisa alheia explica-se “por razões de ordem pública: evitar o surgimento dos deveres primários emergentes do contrato. Só que não fornece por si só a composição adequada dos interesses envolvidos. (...) Materialmente, pode dizer-se que se pretendeu proteger a confiança e distribuir adequadamente os riscos do carácter alheio da coisa”<sup>221</sup>.

Diferentemente, LUÍS MENEZES LEITÃO defende que a nulidade se liga ao carácter translativo da propriedade do contrato de compra e venda: a “sua não celebração pelo proprietário gera a nulidade do negócio”<sup>222</sup>.

A nulidade aqui presente, no nosso entendimento, é mais um afloramento da proibição de exercício de posições jurídicas em abuso do direito, na sua modalidade de *tu quoque*.

Note-se que esta nossa conclusão é confirmada pela posição da doutrina de considerar que o contrato de compra e venda de coisa alheia é apenas nula na relação entre comprador e vendedor; já quanto ao legítimo proprietário do bem o contrato é ineficaz. Neste sentido, alinha, por exemplo, MANUEL CARNEIRO DA FRADA: “o Código Civil comina com a nulidade a venda de coisa alheia. Trata-se de uma sanção que

---

<sup>220</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos Cíveis*, Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 1954, pp. 17-20.

<sup>221</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA in *Direito das Obrigações*, 3.º volume (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), AAFDL, 1990, p. 57.

<sup>222</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p.98.

apenas se refere à relação entre comprador e vendedor. No que respeita ao verdadeiro titular do bem, a venda é ineficaz, verdadeira *res inter alios acta*”<sup>223</sup>.

Em termos parcialmente diferentes, pronunciou-se PEDRO ROMANO MARTINEZ: “tratando-se de uma nulidade, ela pode ser invocada por qualquer interessado (artigo 286.º CC). Nestes casos, um dos interessados será o verdadeiro titular dos bens alienados que, evidentemente, pode e tem interesse em invocar a nulidade do negócio jurídico. Este interessado não está obrigado a arguir a nulidade do contrato, na medida em que, tendo a titularidade do direito real, através de uma acção de reivindicação ou, eventualmente, por via de uma acção de restituição da posse, poderia igualmente fazer valer os seus direitos. Mas para além das acções de reivindicação e da restituição, pode ainda o titular do direito real invocar a nulidade do contrato”<sup>224</sup>.

Um outro desvio ao regime comum da nulidade encontramos no artigo 895.º do Código Civil: “*logo que o vendedor adquira por algum modo a propriedade da coisa ou o direito vendido, o contrato torna-se válido e a dita propriedade ou direito transfere-se para o comprador*”.

A convalidação do contrato é mesmo uma obrigação autónoma do vendedor, como comprovam o artigo 897.º, n.º1 do Código Civil: “*em caso de boa fé do comprador, o vendedor é obrigado a sanar a nulidade da venda, adquirindo a propriedade da coisa ou o direito vendido*”. O incumprimento desta obrigação pelo vendedor fá-lo incorrer em responsabilidade civil, nos termos do artigo 900.º do mesmo diploma legal: “*se o vendedor for responsável pelo não cumprimento da obrigação de sanar a nulidade da venda ou pela mora no seu cumprimento, a respectiva indemnização acresce à regulada nos artigos anteriores*” (indemnização pela celebração, com dolo ou sem culpa, do contrato de compra e venda de coisa alheia), “*excepto na parte em que o prejuízo seja comum*”.

Pergunta MANUEL CARNEIRO DA FRADA se o fundamento desta obrigação de convalidação é a confiança, respondendo de seguida: “A obrigação de convalidar o

---

<sup>223</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA in *Direito das Obrigações*, 3.º volume (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), AAFDL, 1990, p.48.

<sup>224</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações – Contratos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 112.

contrato pressupõe que o contratante a favor de quem ela é imposta, o comprador, se não queira fazer prevalecer da nulidade, aproveitando da sua inoponibilidade (cf. arts.º 897.º e 898.º). Sendo assim, ela representa a necessidade para o vendedor de satisfazer, embora fora do tempo, uma garantia previamente dada. De outro modo não se perceberia. A garantia é negocial e a responsabilidade pela sua não verificação é contratual. Não há nessa medida, necessidade da invocação autónoma da tutela da confiança”<sup>225</sup>. PEDRO ROMANO MARTINEZ salienta que se trata de responsabilidade pela evicção, “terminologia clássica que era adoptada no Código Civil de 1867. No Código Civil actual essa terminologia foi praticamente abandonada, mas, todavia, subsiste no artigo 903.º, n.º 2 CC, onde se continua a fazer referência à figura da responsabilidade por evicção”<sup>226</sup>.

Independentemente da natureza negocial ou legal da responsabilidade por incumprimento da obrigação de convalidação do contrato, a verdade é que, ainda que consagrada expressamente, a indemnização pelo incumprimento desta obrigação funda-se, ainda, numa ideia de confiança legítima criada pelo vendedor.

#### *d) Nulidade por doação de coisa alheia*

Nos termos do artigo 956.º, n.º1 do Código Civil (doação de coisa alheia): “*É nula a doação de bens alheios; mas o doador não pode opor a nulidade ao donatário de boa fé*”.

Também no regime do contrato de doação de coisa alheia, a nulidade só poderá ser invocada pelo doador contra o donatário de má-fé. O que é um desvio face ao regime comum da nulidade em que qualquer interessado tem legitimidade para arguir esta invalidade.

Este regime jurídico é igualmente justificado pela protecção da confiança do donatário de boa-fé, confiança reforçada pelo facto de o contrato de doação ser um contrato cuja causa é o *animus donandi* do doador.

---

<sup>225</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA in *Direito das Obrigações*, 3.º volume (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), AAFDL, 1990, p. 58.

<sup>226</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações – Contratos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 118.

Por outro lado, ainda no regime do contrato de doação, o artigo 968.º do Código Civil sobre a confirmação de doações nulas, dispõe o seguinte: “*Não pode prevalecer-se da nulidade da doação o herdeiro do doador que a confirme depois da morte deste ou lhe dê voluntária execução, conhecendo o vício e o direito à declaração de nulidade*”.

Trata-se de uma proibição expressa de um comportamento em abuso do direito, mais concretamente de *venire contra factum proprium*.

*e) Nulidade de actos praticados pelo tutor*

No âmbito do Direito da Família, também encontramos manifestações de nulidades atípicas.

Nos termos do artigo 1939.º, n.º 1 do Código Civil: “*São nulos os actos praticados pelo tutor em contravenção do disposto no artigo 1937.º; a nulidade não pode, porém, ser invocada pelo tutor ou seus herdeiros nem pela interposta pessoa de quem ele se tenha servido*” e nos termos do n.º2 do mesmo preceito: “*A nulidade é sanável mediante confirmação do pupilo, depois de maior ou emancipado, mas somente enquanto não for declarada por sentença com trânsito em julgado*”.

Neste caso, trata-se de uma manifestação do *tu quoque* que justifica o desvio ao regime comum da nulidade.

*f) Nulidade de disposições testamentárias*

Em matéria de Direito das Sucessões, mais especificamente quanto ao regime jurídico do testamento, dispõe o artigo 2308.º, n.º 1 do Código Civil sobre a nulidade do testamento: “*A acção de nulidade do testamento ou de disposição testamentária caduca ao fim de dez anos, a contar da data em que o interessado teve conhecimento do testamento e da causa da nulidade*. Já o artigo 2309.º do mesmo diploma, em matéria de confirmação do testamento, estatui que “*Não pode prevalecer-se da nulidade ou anulabilidade do testamento ou da disposição testamentária aquele que a tiver confirmado*”.

Ou seja, também no regime jurídico do testamento (que é um negócio jurídico unilateral), a nulidade apresenta desvios face ao seu regime comum, quer no que respeita aos prazos de arguição, quer – o que é relevante para o presente estudo - no que respeita à admissibilidade legal expressa de convalidação deste negócio jurídico. No que respeita aos prazos, ao contrário do regime comum segundo o qual a nulidade pode ser arguida a todo o tempo, o direito de arguir a nulidade do testamento caduca ao fim de dez anos desde o momento do conhecimento do testamento ou da causa de invalidade por parte do interessado. A *ratio legis* deste preceito é o de proteger a confiança do beneficiário da deixa testamentária, evitando o prolongamento *ad eternum* da precariedade da sua situação jurídica. Como escreve CARLOS PAMPLONA DA CORTE-REAL, “mas é quanto à nulidade e à anulabilidade, em suma quanto à invalidade dos testamentos que devem ser sublinhados alguns desvios quanto ao regime geral fixado nos art.º s 285º ss. A lei não minucia, nem parece que o pudesse fazer, os casos de nulidade ou de anulabilidade do negócio testamentário, pelo que deverá ser em concreto, face às regras específicas ou, na sua falta, aos princípios gerais, que tais casos deverão ser ponderados. Mas neste domínio, cumpre notar que a acção de nulidade tem um prazo legal de caducidade, art. 2308.º, n.º 1) – 10 anos a contar da data em que o interessado tiver conhecimento do testamento e da causa de nulidade – findo o qual se verifica, inclusive, a convalidação do testamento, diversamente do que se prescreve no art. 286.º da parte geral; mas, além disso, o art.º 2309.º admite mesmo a confirmação, também no caso de nulidade, afastando-se do regime do correspondente art. 288.º. Há quem fale aqui numa modalidade de nulidade atípica, que será ainda explicável sobretudo, numa óptica subjectivista, que desconhece destinatários para o negócio testamentário, tido por um acto não recipiendo”<sup>227</sup>.

Em conclusão, o regime da nulidade comporta, numa diversidade de casos no Direito Civil, alguns desvios que o aproximam do regime da anulabilidade. Para além dos casos expressamente previstos no Código Civil, o concurso do regime da nulidade com princípios gerais de Direito (como o princípio da boa fé, nas suas dimensões de tutela da confiança e de primazia da materialidade subjacente e mais latamente o princípio da proibição do exercício abusivo de direitos) pode legitimar uma modelação, em concreto, dos efeitos negativos do acto jurídico por parte do juiz.

---

<sup>227</sup> CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões*, II, Lex Edições, Lisboa, 1993, pp. 108-109.

## 7. A inalegabilidade de nulidades formais e a sua justificação dogmática

Como forma de contornar as dificuldades jurídico-científicas da inalegabilidade de nulidades formais, forem sendo avançadas pela Doutrina algumas soluções para esta problemática<sup>228</sup>.

A primeira solução que podemos apontar refere-se à *boa-fé*. Recorrendo à *boa-fé* a inalegabilidade de nulidades formais conseguiria ser justificada. Esta solução seria uma concretização da inadmissibilidade do exercício de um direito contrário à *boa-fé*. Porém, como refere o ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO não adiantaria ao beneficiário da inalegabilidade da nulidade paralisar a invocação da nulidade pela parte que a causou – invocando, sem mais, contrariedade à *boa-fé* – uma vez que bastaria dar a nulidade ser conhecida por qualquer interessado ou então ser declarada pelo próprio juiz oficiosamente (uma vez que este teria o dever de função de a declarar<sup>229</sup>), para que de nada adiantasse o recurso à *boa-fé*.

Do exposto podemos concluir que de nada ajudaria bloquear, através da *boa-fé*, a invocação da nulidade decorrente da preterição da forma legalmente exigida pela contraparte.

Não sendo suficiente recorrer à *boa-fé* para ultrapassar as dificuldades jurídico-científicas da inalegabilidade de nulidades formais, outras vias eventualmente aplicáveis seriam:

- (i) a desaplicação das disposições legais que impõem forma para certas declarações;
- (ii) a desaplicação das disposições legais que à inobservância dessa forma associem a nulidade.

---

<sup>228</sup> Soluções que havíamos elencado em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015. Tratando-se de um tema não dissociável do objecto do estudo da presente dissertação, voltaremos a ele nesta sede.

<sup>229</sup> In *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.189 e ss.

Nos casos *supra* mencionados não estaria em causa a invocação da nulidade mas antes o afastamento de certas disposições legais.

No que toca ao afastamento das regras legais que impõem forma especial para certas declarações negociais importa mencionar duas soluções já apontadas:

- a) *A não aplicação destas regras derivava da sua limitação imanente pela boa-fé*: com esta solução o que se defendia é que as normas jurídicas, abrangendo claro as que exigem forma, operam em conjunto com todas as demais regras que ao caso se possam aplicar. Nestes termos, a boa-fé com a sua onnipresença em toda a ordem jurídica privada seria sempre aplicável.

Porém, a este propósito GERNHUBER vem dizer que no *ius strictum* o legislador, no confronto entre equidade e outros valores tomou posição a favor destes últimos, pelo que no espaço limitado que as regras formais visam operar não há margem para uma erupção da boa-fé<sup>230</sup>.

- b) *A desaplicação das regras formais derivava da sua redução teleológica*. Conforme acima referido as regras que impõem uma forma especial para as declarações negociais visam alcançar determinados fins e esses fins alcançam apenas uma reconstrução de tipo histórico-cultural<sup>231</sup>.

Uma redução teleológica das regras que impõem forma especial para as declarações negociais poderia ser eventualmente a solução para o problema da inalegabilidade de nulidades formais - bastaria averiguar se no caso concreto estavam cumpridos os escopos visados pelas exigências de forma, como por exemplo, a defesa contra precipitações, a clareza do conteúdo, a publicidade e o acautelar da posição de terceiros, para que a pretensão legal ficasse cumprida e nessa medida poderiam ser tais regras de forma dispensadas.

---

<sup>230</sup> In *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, 2007, pp.785-797.

<sup>231</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, p.176.



Porém, a redução teleológica não cremos que seja uma solução viável para a problemática da inalegabilidade de nulidades formais. Conforme refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, as normas que dizem respeito à forma dos negócios jurídicos são normas plenas e não têm fins claros pois - como vimos os fins tradicionalmente apontados para justificar as exigências de forma para as declarações negociais são hoje facilmente reversíveis – e como tal não comportam redução teleológica<sup>232</sup>.

Por sua vez OLIVEIRA ASCENSÃO pronunciou-se no sentido de que perante o carácter injuntivo das regras legais que impõem forma especial, que as mesmas “não são regras inteligentes” e cujas “justificações (...) são meramente abstractas, mas não se integram com uma *ratio* em cada preceito concreto”. Este autor recusa qualquer forma de redução pelo intérprete, designadamente, a redução teleológica e propõe a revisão dos casos em que é imposta uma forma legal especial para certos negócios jurídicos<sup>233</sup>.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS refere por sua vez que “é inegável que existem exigências legais de forma que são desrazoáveis, que são contraproducentes e até que são pouco mais que burocracia. Entende que se deve reapreciar as exigências legais de forma e rever aquelas que não encontrem uma justificação compatível com o seu carácter excepcional. Só deverão manter-se aquelas que uma necessidade insuperável de ordem pública não permita dispensar. Todavia, enquanto se mantiverem na lei, têm a força que a lei lhes confere e devem ser respeitadas”<sup>234</sup>.

Quanto à *desaplicação das regras legais que cominam a nulidade* quando haja preterição da forma legalmente exigida para determinadas declarações negociais, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS ponderou a possibilidade de uma redução teleológica do artigo 220.º do Código Civil. Este artigo apenas seria aplicado e como tal cominando a nulidade nos casos em que não seria possível suprir com a sentença as deficiências formais e aproveitar assim a validade do negócio jurídico<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, 3ª reimpressão, Coimbra, 2007, p. 793.

<sup>233</sup> In *Direito Civil, Teoria Geral, Volume II, Acções e Factos Jurídicos*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2003, pp.58-59.

<sup>234</sup> In *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Almedina, 2007, pp.707-712.

<sup>235</sup> In *Superação judicial da invalidade formal do negócio jurídico de Direito Privado*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço – Volume II, Almedina, 2002, pp.313-338.

Após esta breve análise das soluções apontadas por inúmeros doutrinadores a respeito das dificuldades jurídico-científicas da inalegabilidade de nulidades formais, somos da opinião que a problemática da inalegabilidade de nulidades formais se centra em saber se a tutela da confiança tem lugar ou não. Isto é, em nossa opinião, o objecto da questão ora em análise não está em apurar se os fins das regras de forma, em concreto, estão ou não preenchidos - podendo como tal dispensar-se a forma legal - mas antes em apurar se a tutela da confiança da parte que beneficiará da inalegabilidade terá lugar, fazendo com que a nulidade decorrente da preterição da forma legalmente exigível se torne verdadeiramente inalegável.

Além das soluções acima apontadas podem também mencionar-se a *doutrina da confiança* e das *saídas negociais*. Relativamente à primeira, o doloso provoca na contraparte a impressão de que o contrato é eficaz e assume, como tal, a confiança desta. Nesta medida deve então responder pela situação de confiança obtida. Relativamente à segunda, esta doutrina parte da construção da confiança e proclama que o contrato nulo é, pela sua natureza voluntária, como pelo seu regime e efeitos, um contrato autêntico. Todavia, como aponta o ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, com o qual concordamos, os propugnadores deste fenómeno não justificam como as disposições que impõem forma especial, não são aplicáveis<sup>236</sup>. Pelo exposto, desta última doutrina apesar de se alcançarem boas conclusões, esta não esclarece como as regras cominadoras de forma são preteridas.

## CAPÍTULO III

### **A tutela da confiança como limite à invocação da nulidade derivada da preterição da forma legalmente exigida**

#### **1. Notas preliminares**

Neste ponto da nossa investigação iremos desenvolver a nossa proposta de solução para a questão da inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição da forma legalmente exigida. Retomamos aqui o problema sobre o qual nos havíamos pronunciado em

---

<sup>236</sup> In *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.196 e 197.

escrito anterior<sup>237</sup> porém, conforme justificaremos adiante, alterámos a nossa posição no que respeita ao critério da “*situação de confiança*”.

É certo que o instituto do abuso do direito, e por sua vez a modalidade da inalegabilidade das nulidades formais, tem como propósito, designadamente, servir como válvula de escape para a rigidez do sistema jurídico, socorrendo-se de conceitos indeterminados para o efeito. Porém, é necessário determinar critérios jurídicos de aplicação do instituto do abuso do direito, e consequentemente da inalegabilidade de nulidades formais, não sendo possível deixar a sua aplicabilidade e concretização dependente apenas do sentimento que cada um tenha sobre o caso concreto<sup>238</sup>.

Com a dogmatização do instituto do abuso do direito poder-se-ia correr o risco de o mesmo deixar de actuar como válvula de escape do sistema jurídico, porém, ao não o fazer, correr-se-ia um risco pior que é o da exclusão de certos casos do seu âmbito de aplicação. Esta exclusão resultaria precisamente da falta de dogmatização do instituto e em especial, da inalegabilidade nulidades formais, decorrente do desconhecimento quanto aos seus critérios de aplicação.

Além do mais, a questão que é objecto de estudo da presente dissertação representa uma realidade que existe no nosso ordenamento jurídico e como tal não deve ser ignorada. Nestes termos, é necessário analisar e contribuir para uma proposta de regime possivelmente aplicável à situação da inalegabilidade de nulidades formais.

A proposta de solução que apresentaremos de seguida resulta de um desenvolvimento da posição por nós defendida anteriormente, a qual será submetida ao crivo da análise de uma série de novas questões<sup>239</sup> que, em abstracto a poderiam infirmar e até inclusivamente, justificar a mudança da nossa posição. O que efectivamente sucederá relativamente a um dos critérios mais relevantes para a aplicação do princípio da tutela da confiança: a *situação de confiança*.

---

<sup>237</sup> “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

<sup>238</sup> cremos que a inalegabilidade de nulidade formal não pode ter apenas aplicação residual e em casos extremamente chocantes, como referem alguns autores. <sup>238</sup> Neste sentido *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, 2007, p. 311 e *Tratado de Direito Civil V, Parte Geral, Exercício Jurídico*, Almedina, 2015, p. 339 e ss.

<sup>239</sup> De entre estes “testes” podemos destacar a aplicabilidade da posição por nós defendida aos contratos reais, aos contratos com consumidores e quando estejam em causa interesses de terceiros.

O presente estudo visa contribuir para o desenvolvimento de critérios jurídicos que permitam a aplicação da “teoria” da inalegabilidade de nulidades formais,

Pelo exposto, a solução que propomos para legitimar a situação da inalegabilidade de nulidades formais tem na sua base a ideia de aproveitamento do negócio jurídico, quando tal se justifique pelo princípio da tutela da confiança<sup>240</sup>.

Tomando em consideração que, as regras legais que prevêm a nulidade como consequência para determinados vícios têm na sua base razões de interesse público, esta poderia ser uma limitação à aplicabilidade do instituto do abuso do direito e consequentemente da modalidade da inalegabilidade de nulidades formais<sup>241</sup>.

Ora, em nossa opinião também o instituto do abuso do direito visa salvaguardar razões de interesse público. Assim, estando perante uma situação de paridade de interesses a tutelar (razões de ordem pública que justificam a nulidade e razões de ordem pública que justificam o abuso do direito), afigura-se, para nós, mais relevante garantir a justiça material do caso concreto associada ao instituto do abuso do direito.

## **2. Uma proposta de reformulação da Teoria das Invalidades; a nulidade como expressão dos princípios materiais estruturantes do Direito Civil**

A, solução por nós proposta para a questão da inalegabilidade de nulidades formais passa pela *Reformulação da Teoria da Invalidade*. Havíamos-nos pronunciado sobre esta questão em estudo anterior porém<sup>242</sup>, em face da investigação subjacente à presente dissertação, designadamente a investigação subjacente aos tópicos relativos às novas linhas de investigação (atrás elencadas), justifica-se uma mudança da nossa posição no que toca ao critério da *situação de confiança* conforme veremos melhor adiante.

---

<sup>240</sup> Não vislumbramos assim qualquer vantagem em defender que o negócio é irremediavelmente nulo. A tutela da confiança será o fundamento do aproveitamento do negócio jurídico.

<sup>241</sup> Uma vez que dificilmente poderiam ser afastadas.

<sup>242</sup> “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in Revista de Direito Civil, N.º 0, Almedina, 2015. Esta teoria da *Reformulação da Teoria da Invalidade* foi propugnada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.942-946. Do mesmo Autor vide *Da Confirmação no Direito Civil*, in Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem, Almedina, 2012, pp. 192-196.

A Reformulação da Teoria da Invalidade passa por uma cisão na nulidade: nulidades absolutas e nulidades relativas<sup>243</sup>.

Nos termos do artigo 296.º do Código Civil, a nulidade pode ser invocada por qualquer interessado, a todo o tempo e pode ser declarada oficiosamente pelo Tribunal<sup>244</sup>. Este regime baseia-se em razões de ordem pública.

Conforme vimos acima, vários são os casos em que a lei estabelece casos de nulidades atípicas ou relativas. Ou seja, a confluência com outros princípios da ordem jurídica implica um conjunto de distorções ao regime da nulidade previsto no artigo 296.º do Código Civil. Estas distorções ao regime típico da nulidade, como vimos também, assentam no princípio da tutela da confiança. Desta forma, o negócio nulo mantém-se “em vida” e quer o bloqueio da invocação de tais nulidades, quer a convalidação do negócio jurídico pelo desaparecimento superveniente dos vícios, visam proteger a confiança dos interessados. Tais nulidades atípicas ou relativas parecem assim visar a tutela de interesses privados e concretos das partes.

Pelo exposto, podemos desde já concluir que o nosso ordenamento jurídico prevê uma série de exceções ao regime típico da nulidade, estabelecido no artigo 286.º do Código Civil, sendo que tal atipicidade se deve à confluência do regime da nulidade com outros princípios da nossa ordem jurídica, designadamente com o princípio da tutela da confiança.

Recuperando a antiga terminologia napoleónica, como menciona o ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO<sup>245</sup>, podemos distinguir entre:

---

<sup>243</sup> Ou por outras palavras nas nulidades típicas e atípicas. Tem lugar também uma cisão na anulabilidade: anulabilidade comum e anulabilidade privilegiada, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.942-946. Do mesmo autor vide *Da Confirmação no Direito Civil*, in Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem, Almedina, 2012, pp. 192-196. Para a análise da questão da inalegabilidade de nulidades formais apenas importa analisar a cisão na nulidade.

<sup>244</sup> O qual dispõe que “A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal”.

<sup>245</sup> In, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, p.944.

(i) nulidade absoluta: que corresponde ao regime do artigo 286.º do Código Civil;

(ii) nulidade relativa: que ocorre sempre que surge uma nulidade susceptível de não ser invocada por qualquer interessado ou que seja sanável.

Nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO<sup>246</sup>, na nulidade relativa a juridicidade do negócio jurídico advém não da autonomia privada das partes, mas antes do princípio da tutela da confiança. Como refere também este autor, a nulidade relativa não é invocável por todos e *a fortiori* não pode ser declarada de ofício pelo tribunal<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> In, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, p.945.

<sup>247</sup> Quanto ao tema da nulidade típica e atípica, ou absoluta e relativa, vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, BMJ 480 (1998), pp. 420 e ss, a propósito da não redução a escrito de um contrato de arrendamento rural: “*ensina-se que o contrato nulo é um nado-morto, enquanto o contrato anulável é um nado-vivo diminuído na sua vitalidade e ameaçado de morte. A nulidade é, assim, a característica do negócio que, ab initio, não produz, por força do vício, os efeitos que lhe compreenderiam quod nullum est, nullum perderet effectum. A anulabilidade é a característica do negócio que, apesar do vício, produz os efeitos correspondentes, os quais, no entanto, são retroactivamente destituídos pelo exercício — anulação de um direito potestativo (de anular) que em virtude do vício uma das partes passa a ter. Distingue-se:*

*a) Invalidade absoluta: quando qualquer interessado se pode valer do vício; e relativa: quando só pode ser invocada por certas pessoas;*

*b) Invalidade sanável e insanável, quando o que está em causa é ou não a possibilidade de fazer cessar a força do vício, quer por vontade dos interessados, desenhando-se a figura de confirmação, quer pelo decurso do tempo, através da caducidade do correspondente direito potestativo;*

*c) Invalidade de e sem eficácia automática.*

*Ali, na automática, a existência do vício exclui ipso iure a concretização dos efeitos, projectando-se na possibilidade de o tribunal a conhecer ex officio, através de uma acção declarativa. Aqui, na não automática, é necessário que o interessado a invoque, não podendo, pois, o tribunal dele conhecer oficiosamente, tendo a sentença que invalida o negócio o valor constitutivo.*

*Frente a este quadro o Código Civil — artigos 285.º a 291.º — reputa de nulidade a invalidade absoluta, insanável e de eficácia automática e de anulabilidade a invalidade relativa, sanável e de eficácia não automática. O regime geral e típico mais severo de nulidade encontra o seu fundamento em motivos de interesse público, enquanto o regime geral e típico de anulabilidade funda-se na infracção de requisitos dirigidos à tutela de interesses privados. Tudo porque a nulidade é a consequência ou sanção que o ordenamento jurídico liga às operações contratuais contrárias aos valores ou aos objectivos de interesse público por ele prosseguidos ou àquelas que o direito não considera justo e oportuno, no interesse público, prestar reconhecimento e tutela. Só que há desvios. O artigo 285.º admite um regime especial de invalidade, ao lado dos assinalados regimes gerais e típicos de nulidade e de anulabilidade. E o invocado artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 385/88 é um deles. Doutrina e jurisprudência apelidam semelhantes desvios de invalidade mista ou híbrida. Esta seria vista como um regime assimétrico, pouco harmonioso e elegante, sob o aspecto lógico ou formal, mas útil e acomodado às exigências de justiça. Só que não é necessário criar este tertium genus entre a nulidade e a anulabilidade. «Sendo elemento essencial de nulidade, como de anulabilidade, a natureza genética da sua causa, há que distinguir consoante a nulidade ou a anulabilidade apresentem ou não aqueles traços normais. Se a resposta é afirmativa, trata-se de uma nulidade ou anulabilidade típica; se negativa, diz-se atípica» — Dr. Carvalho Fernandes, A Conversão, pág. 232, em nota. «A boa regra, tendência em crescendo na dinâmica e requintada economia hodierna, é a de dar à teoria de invalidade negocial a maleabilidade e a leveza necessárias para melhor satisfazer a complexidade das relações sociais, evitar nulidades ou anulabilidades em cascata, proteger terceiros de boa-fé e o comércio jurídico em geral» — Prof. Calvão da Silva, Sinal e Contrato-Promessa, 1998, pág. 72”.*

*Vide também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05-07-2001, Processo 01A2110 (TORRES PAULO): “a nulidade é assim característica do negócio que, ab initio, não produz, por força do vício, os*

A nossa proposta de solução para a questão da inalegabilidade de nulidades formais passa, conforme referimos *supra*<sup>248</sup>, pela reformulação da teoria da invalidade - já propugnada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO<sup>249</sup> - em especial pela cisão na nulidade. Sendo assim de aplicar à inalegabilidade de nulidades formais o regime das nulidades relativas uma vez que, em nossa opinião, tal como em outros casos excepcionas previstos na lei, também na inalegabilidade de nulidades formais está em causa o princípio da tutela da confiança.

A nulidade relativa é então aquela que apresenta desvios face ao regime típico previsto no artigo 286.º do Código Civil. Tal nulidade relativa não pode ser invocada por qualquer interessado, nem ser declarada oficiosamente pelo Tribunal em virtude da confluência com o princípio da tutela da confiança.

Pelo exposto, quando tiver lugar o princípio da tutela da confiança estaremos perante uma nulidade relativa, a qual não pode ser invocada por qualquer interessado, nem ser declarada oficiosamente pelo Tribunal. Por sua vez, quando não for de aplicar o princípio da tutela da confiança estaremos perante uma nulidade absoluta, do artigo 286.º do Código Civil, a qual poderá ser invocada por qualquer interessado a todo o tempo e pode ser declarada oficiosamente pelo Tribunal.

---

*efeitos que lhe corresponderiam - quod nullum est, nullum perderet effectum. É a consequência ou a sanção que o ordenamento jurídico liga às operações contratuais contrárias aos valores ou objectivos de interesse público - art. 294 CC - por ele prosseguidos, ou àqueles que o Direito não considera justo e oportuno, no interesse público, prestar reconhecimento e tutela. Nulidade emergente da aplicação da teoria da responsabilidade e imposta pelos princípios da boa fé e equidade. Não a equidade espécie - art. 4 CC - que visa corrigir a generalidade abstracta da lei por meio de apreciação das particularidades da espécie. Mas a geral, visando aproximar-se do ideal de justiça e, como tal, recebida pelo sistema. Como projecção da "Jurisprudência do presente", filtrada pela incorporação no sistema de princípios assumidos com base numa casuística. Ou, como dizia Esser, como Topoi, "uma necessária perspectiva social dentro do sistema".*

*Por outro lado a anulabilidade é a característica do negócio que, apesar do vício, produz efeitos correspondentes, os quais, no entanto, são rectroactivamente destituídos pelo exercício - anulação - de um direito potestativo de anular, que em virtude do vício uma das partes possa ter. Funda-se, assim, na infracção de requisitos dirigidos à tutela de interesses privados.*

*O CC - art. 285 a 291 - traça um quadro que leva a doutrina dominante a autonomizá-las, em regimes completamente diferentes: reputa de nulidade a invalidade absoluta, insanável e de eficácia automática e de anulabilidade a invalidade relativa, sanável e de eficácia não automática. Só que a própria lei, casuisticamente, opera desvios a tal regime.*

*A doutrina e jurisprudência normalmente apelidam tais casos de invalidades mistas ou híbridas".*

<sup>248</sup> Bem como em "A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida", in Revista de Direito Civil, N.º 0, Almedina, 2015.

<sup>249</sup> In *Da Confirmação no Direito Civil*, Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha - Estudos em Homenagem, Almedina, 2012, pp. 192 e ss.

A nossa proposta de solução visa aplicar o entendimento subjacente à reformulação da teoria das invalidades, em especial a cisão da nulidade, à inalegabilidade de nulidades formais. Isto é, perante uma situação de nulidade decorrente da preterição da forma legalmente exigida, é necessário averiguar se estamos perante uma nulidade absoluta (com o regime do artigo 286.º) ou, se por sua vez, estamos perante uma nulidade relativa (a qual tem um regime distinto do artigo 286.º, conforme explicámos acima).

Estando em causa uma situação em que a tutela da confiança da parte contra quem a nulidade foi invocada deve ter lugar estamos, em nossa opinião, perante uma nulidade relativa e não perante uma nulidade absoluta.

Como vimos, a nulidade relativa, é uma nulidade que conjugada com o princípio da tutela da confiança dá efectivamente azo a uma nulidade, contudo, não a uma nulidade absoluta do 286.º do Código Civil tal como o conhecemos, mas antes a uma nulidade que não é susceptível de ser invocada pela contraparte, de ser invocada por qualquer interessado e *a fortiori* não ser declarada de ofício pelo juiz. Quando tenha lugar a tutela da confiança da parte contra quem é invocada a nulidade por falta de forma, estamos assim, em nossa opinião, perante uma nulidade relativa. Esta nulidade relativa está fora do âmbito de aplicação do 286.º do Código Civil e como tal o seu regime não se lhe aplica<sup>250</sup>.

Pelo exposto, o abuso do direito na vertente da inalegabilidade de nulidades formais servirá de válvula de escape no nosso ordenamento jurídico, tornando válido o acto formalmente nulo como sanção do acto abusivo. Esta solução assenta fundamentalmente no princípio de que as pessoas devem ter um certo comportamento honesto, correcto, leal, nomeadamente no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou as expectativas dos outros<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> Esta solução foi por nós propugnada em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in Revista de Direito Civil, N.º 0, Almedina, 2015. Porém em face da investigação subjacente à presente dissertação, designadamente a investigação subjacente aos tópicos relativos às novas linhas de investigação (atrás elencadas), justifica-se uma mudança da nossa posição no que toca ao critério da situação de confiança conforme veremos melhor adiante.

<sup>251</sup> Neste sentido *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-05-2003, Processo n.º 03B3125 (ARAÚJO BARROS), em que se abordou aprofundadamente este tema e no qual se refere, na esteira de Baptista Machado, “*Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*”, in Obras Dispersas, vol. I, Braga, 1991, p. 352, que o comportamento honesto e leal, “*princípio esse - vulgarmente denominado de*



Quando não tenha lugar a tutela da confiança da parte contra quem foi invocada a nulidade por não verificados os seus pressupostos, os quais veremos em pormenor adiante, aplicar-se-ão as regras do artigo 286.º do Código Civil relativo às nulidades absolutas. Nestes casos não há inalegabilidade de nulidade formal uma vez que não se verifica a possibilidade de tutelar a confiança e, consequentemente, o negócio pode ser efectivamente declarado nulo<sup>252</sup>.

Em nossa opinião não é toda e qualquer actuação que justifica a não aplicação do regime da nulidade estabelecido no artigo 286.º do Código Civil, nem é isso que defendemos, uma vez que, tal como referimos, as regras imperativas visam essencialmente fins de certeza jurídica e de segurança no comércio em geral<sup>253</sup>.

---

*princípio da confiança - que reside no pressuposto ético-jurídico fundamental de que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem. Assim tem de ser, pois poder confiar é uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens. Mais ainda: esse poder confiar é logo condição básica da própria possibilidade da comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso e à cooperação (logo, da paz jurídica). (...) Este Supremo Tribunal de Justiça, inicialmente mais formalista e recusando a invocação do abuso de direito nos casos de nulidade decorrente de inobservância da forma legal, veio depois, maioritariamente (posição a que aderimos) a reconhecer a admissibilidade dessa invocação desde que, no caso concreto, as circunstâncias apontem para uma clamorosa ofensa do princípio da boa-fé e do sentimento geralmente perflhado pela comunidade, situação em que o abuso de direito servirá de válvula de escape no nosso ordenamento jurídico, tornando válido o acto formalmente nulo, como sanção do acto abusivo”.*

<sup>252</sup> Como se fez notar no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08-06-2010, Processo n.º3161/04.6TMSNT.L1.S1 (LOPES DO REGO): “Não resultando da matéria de facto apurada que tal omissão seja imputável ao promitente-comprador, nada obsta a que este se possa prevalecer da dita invalidade formal no confronto da sociedade imobiliária que figura como promitente-vendedora, nos termos do nº3 do art.410º do CC; Não pode generalizar-se e banalizar-se o recurso à figura do abuso de direito como forma de – sindicando os motivos pessoais e subjectivos que estão na base da invocação da nulidade pelo interessado cujo interesse é por ela prosseguido - acabar por se precluir a aplicação sistemática do regime legal imperativo que comina determinada invalidade por motivos de deficiências de forma do acto jurídico – dependendo a subsistência do invocado abuso de direito da alegação e prova de ter ocorrido um particular e fundado «investimento de confiança» na estabilidade e definitividade do contrato promessa. [...] Nestas circunstâncias – e perante o concreto quadro factual subjacente ao litígio – não pode considerar-se preenchida a figura do abuso do direito, o que naturalmente conduz à admissibilidade da invocação da nulidade do negócio, por preterição da forma legalmente imposta no momento da sua celebração”.

<sup>253</sup> A este propósito vide o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10-02-2015, Processo n.º100595/13.2YIPRT.L1-7 (ROSA RIBEIRO COELHO), relativo à redução a escrito da vontade de prestar fiança, que garanta as obrigações da locatária do contrato de arrendamento celebrado, tendo também essa vontade de ser declarada expressamente pela mesma forma. Entendeu o douto Tribunal que não se verificaram os pressupostos “das chamadas inalegabilidades formais”. Ora vejamos: “A fiança - garantia pessoal pela qual o fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor - deve ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal – arts. 627º, nº 1 e 628º, nº 1 do CC. O contrato de arrendamento aqui discutido foi celebrado em 27.6.2004, estando em vigor o RAU, introduzido pelo DL nº 321-B/90, de 15 de Outubro, que exigia no art. 7º, nº 1, a sua celebração por escrito. Daí que essa exigência de forma igualmente abrangesse, então, a válida constituição de fiança que garantisse as obrigações da locatária desse arrendamento. [...] E não só a mera observância da forma escrita bastava, exigindo-se ainda que a declaração reduzida a escrito fosse expressa, portanto, sem possibilidade de aplicação, no caso, do nº 2 do citado art. 217º.

Estabelece o artigo 334.º do Código Civil que “*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”. Daí se infere que o exercício de um direito apenas será abusivo quando exceda “manifestamente”, clamorosa e intoleravelmente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito. O mesmo será dizer quando “o direito” seja exercido em termos clamorosamente ofensivos da justiça ou do sentimento jurídico dominante<sup>254</sup>. Ora, quando não o for ou houver uma situação de insuficiência probatória dos pressupostos, não será de aplicar a solução da inalegabilidade de nulidades formais.

---

*Por isso, a simples intervenção da apelada assinando um documento onde se menciona a sua participação como fiadora no contrato que dele consta, não traduz uma declaração tácita de prestação de fiança que seja válida; melhor, embora possa traduzir uma declaração tácita de fiança, não pode ser aceite com essa eficácia por a lei exigir para tal uma declaração expressa. E não é uma declaração escrita expressa porque do documento não constam palavras escritas imputadas à apelada que tenham o necessário e adequado significado de assunção, por ela, de uma obrigação nos termos descritos no citado n.º 1 do art. 627.º. [...] Daí que a fiança seja nula por inobservância da forma legalmente prescrita, por força do art. 220.º. Nas conclusões 4.ª e 5.ª o apelante defende que, ao invocar um vício formal do contrato, a apelada incorre em abuso do direito, pelo que se não pode aceitar a tentativa de se eximir às obrigações que dele resultam para si. Sendo a fiança nula por falta de forma, esta tese do apelante remete-nos para a questão da relevância das chamadas “inalegabilidades formais”, entendidas, nas palavras de Menezes Cordeiro como situações em que a invocação da nulidade do negócio jurídico, por falta de forma, não deve ser admitida por envolver um abuso do direito contrário ao princípio da boa-fé. [...] É de dizer, pois, que só residualmente a nulidade do contrato poderá ser desconsiderada por ser abusiva a sua invocação; será necessário verificar-se uma situação de confiança que seja justificada, criada censuravelmente por quem invoca a nulidade e na qual o outro contraente tenha investido de forma sensível, sem que esse investimento de confiança tenha possibilidade de ser assegurado por outra via. Este condicionalismo aproxima-se das situações em que o abuso do direito releva por integrar um “venire contra factum proprium”, sendo o factum proprium o comportamento daquele que concorreu censuravelmente para a celebração de contrato nulo e criou na outra parte, pelas circunstâncias concretas, a convicção que não invocaria mais tarde a nulidade. O abuso do direito consistirá, pois, na invocação de uma nulidade formal que antes se provocou ou para a qual se contribuiu de forma relevante e censurável.*

*Entendemos, porém, que no caso concreto se não verifica um circunstancialismo que possa ser subsumido às noções teóricas supra resenhadas. Cabia ao apelante o ónus de provar as circunstâncias capazes de impedir uma eficaz invocação da nulidade pela pessoa que interveio no contrato na veste de fiadora – cfr. art. 342.º, n.º 2 do CC. Mas não se provou que a apelada haja contribuído censuravelmente para a situação de confiança em que o apelante investiu – investimento este que se manifestou ao contratar, o que não teria feito se não houvesse um fiador. Aceitou, é certo, figurar no contrato naquela veste, dando os seus elementos de identificação e assinando o contrato com os demais intervenientes; mas nada revela que tenha sido da sua autoria a redação dada ao contrato – ou que de algum modo tenha contribuído para ela - redação que, como se viu, está viciada em termos geradores de nulidade por razões formais. Nada mostra que tenha contribuído, e muito menos culposamente, para a inobservância da forma legalmente prescrita para a assunção da obrigação de fiança no contrato em causa, nem que haja concorrido para a formação de qualquer razoável convicção no sentido de que a nulidade da fiança jamais seria por si invocada. E, sem isso, não pode dizer-se que o exercício do direito que lhe assiste de invocar a correspondente nulidade seja ilegítimo por exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé – art. 334.º do C. Civil”.*

<sup>254</sup> Neste sentido vide o já citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-05-2003, Processo n.º03B3125 (ARAÚJO BARROS).

### 3. Pressupostos de aplicação do princípio da tutela da confiança como limite à invocação de nulidades formais

Após termos exposto que somos da opinião que a solução para a situação de inalegabilidade de nulidades formais passa pelo regime aplicável às nulidades relativas ou atípicas em virtude do princípio da tutela da confiança, importa agora definir quais os critérios que determinam a aplicação deste princípio.

Por entendermos que a inalegabilidade de nulidades formais assenta na protecção da confiança da parte contra quem foi invocada a nulidade, adoptamos aqui as proposições já empregues para o *venire contra factum proprium* e apontadas pelo Senhor Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO<sup>255</sup>, todavia com algumas diferenças.

Vejamos, haverá lugar à tutela da confiança da parte contra quem é arguida a nulidade, quando se verifique:

- 1) *Situação de confiança*, que pode ser expressada pela ideia de boa-fé, ou seja, pela relação estabelecida entre os dois contraentes. Neste caso a boa-fé deve ser entendida na sua acepção objectiva, o que significa que o critério relevante é a situação de confiança criada em concreto por um dos contraentes em relação ao outro. Isto porque, a protecção jurídica aqui conferida justifica-se pela violação, por parte daquele que originou a situação de confiança, de um dever de conduta que decorre do artigo 334.º do Código Civil, funcionando, assim, a salvaguarda da eficácia do negócio jurídico como uma sanção para a violação desse dever. Dispensa-se por esta razão a indagação do estado subjectivo do contraente que invoca a protecção da sua confiança para impedir a invalidação do contrato. Como veremos, a jurisprudência portuguesa tem aplicado esta concepção objectiva da situação de confiança para proteger a parte contra a qual é invocada a nulidade decorrente da preterição da forma legalmente exigida. Para este efeito, a boa-

---

<sup>255</sup> In *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.200-201, e ainda do mesmo Autor, *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.292 e ss.

fé deve ser entendida como não estando de má-fé, não sendo assim interpretada como significando dolo ou culpa.

Havíamos defendido anteriormente<sup>256</sup> que a “*situação de confiança*” podia ser expressada pela ideia de boa-fé subjectiva, ou seja, pela relação do beneficiário da inalegabilidade formal com o vício: este teria que desconhecer da exigência legal de forma. Após a investigação subjacente à presente dissertação, verificámos que a posição por nós defendida anteriormente não se poderia manter. Actualmente somos da opinião de que o critério da “*situação de confiança*” deve ser averiguado de acordo com um critério objectivo, devendo atender-se a uma conduta que possa ser entendida como uma tomada de posição vinculante, bem como se foi ou não incutida na contraparte uma confiança fortíssima na vinculação ao contrato. Em caso afirmativo e for invocada a nulidade haverá a violação de uma norma de conduta.

Alterámos a posição por nós anteriormente defendida a este respeito<sup>257</sup> uma vez que averiguar no caso concreto se o estado subjectivo de indagação mental relativo ao cumprimento das regras de forma foi ou não cumprido pela parte que beneficiará da inalegabilidade, oferece um critério de pouca aplicabilidade prática. Não raros os casos em que seria praticamente impossível demonstrar se o beneficiário da inalegabilidade indagou ou não, e qual a diligência que lhe seria exigível em tal indagação, sobre a exigência de forma especial. Além do acima referido, a *boa-fé subjectiva ética* em vigor no nosso ordenamento jurídico determina que, mesmo desconhecendo a exigência de forma, o beneficiário da inalegabilidade deveria conhecê-la, o que acabaria por ser uma prevalência da justiça formal sobre a justiça material, reduzindo drasticamente o âmbito de aplicação do princípio da tutela da confiança. Por último, podemos ainda referir que na génese do abuso do direito está uma concepção objectiva, ou seja, dispensa-se a

---

<sup>256</sup> In “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in Revista de Direito Civil, N.º 0, Almedina, 2015.

<sup>257</sup> In “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in Revista de Direito Civil, N.º 0, Almedina, 2015.

indagação sobre estados subjectivos das partes, logo cremos que também nas suas várias modalidades o deverá estar, designadamente na inalegabilidade de nulidades formais. Pelo exposto, somos da opinião que o critério da “*situação de confiança*” deverá ser averiguado com base numa concepção objectiva<sup>258</sup>: se foi ou não violada uma norma de conduta que decorre, ainda, do artigo 334.º do Código Civil.

- 2) *Justificação da confiança*, exige que o beneficiário da inalegabilidade se tenha alicerçado em elementos razoáveis, capazes de provocar a adesão de uma pessoa normal.
- 3) *Investimento de confiança*, exige que a pessoa a proteger tenha efectivamente desenvolvido uma actuação baseada na confiança. Actuação essa que não pode ser desfeita sem causar prejuízos inadmissíveis<sup>259</sup>;
- 4) *Imputação da confiança*, envolve a existência de um autor a quem se deve a entrega confiante do tutelado. Ao proteger-se a confiança de uma parte, está, em regra, a onerar-se outra. Isso implica que a outra, seja de algum modo, responsável pela situação criada.

Para o ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO<sup>260</sup>, tratando-se de inalegabilidade de nulidades formais, devem estar ainda preenchidos os seguintes requisitos:

---

<sup>258</sup> Em sentido contrário vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. Para este autor a situação de confiança, pode ser expressada pela ideia de boa-fé subjectiva, isto é, a relação do beneficiário da inalegabilidade da nulidade formal com o vício: este terá que desconhecer a exigência de forma. Impondo-se aqui deveres de indagação mais fortes do que no *venire contra factum proprium* na medida em que, aquele que desrespeite deveres de cuidado merece menos protecção. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO entende que por parte do beneficiário da inalegabilidade “*a evidência de falta de forma ou a negligência grosseira prejudicam sempre pois, estando presentes ou havendo conhecimento do vício, é razoável que o contraente corra o risco de ver declarado nulo o seu contrato*”. Porém, menciona o Autor que “*poderemos admitir que especiais características do caso concreto – com relevo para uma absoluta confiança na outra parte – possam atenuar o rigor deste requisito*”, in *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.189-197.

<sup>259</sup> Refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO que “uma confiança puramente interior, que não desse lugar a comportamentos, não requer protecção”, *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, p.293.

<sup>260</sup> In *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª edição, Almedina, 2014, pp.197-201.

- devem estar em jogo apenas os interesses das partes e nunca, também, de terceiros de boa-fé;
- a situação de confiança deverá ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar;
- o investimento de confiança dificilmente será assegurado por outra via.

Quanto ao primeiro critério avançado pelo ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO - que “devem estar em jogo apenas os interesses das partes e nunca, também, de terceiros de boa-fé” - apenas concordamos parcialmente. Em concreto, estes interesses de terceiros poderão não obstar à aplicação da doutrina da inalegabilidade de nulidades formais pois a situação de confiança relevante é estabelecida entre os contraentes, que justifica a convalidação do contrato. Os interesses de terceiros poderão eventualmente ser tutelados por outra via, designadamente por via da responsabilidade civil, sempre que se verificarem os devidos pressupostos. Em conclusão, não concordamos que nunca poderão estar em causa interesses de terceiros para se permitir a aplicação da doutrina da inalegabilidade de nulidades formais, dependendo a solução da ponderação a fazer no caso concreto. Veremos melhor esta questão da tutela dos interesses de terceiros adiante, a propósito do direito registal.

Para efeitos de concretização dos requisitos acima identificados relativos à tutela da confiança e a propósito de uma situação de inalegabilidade de nulidade formal, vejamos sumariamente o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 2014, Processo 1370/10.8TBPFR.P1.S1, (JOÃO BERNARDO), doutamente anotado e comentado por ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>261</sup>, no qual se decidiu estarem verificados todos os requisitos para ser bloqueada a invocação da nulidade por falta de forma legal:

Em 2001 a Irmandade da Santa Casa da Misericórdia, Ré na acção ora em análise, difundiu um anúncio num jornal local, no qual publicitou a venda em hasta pública de diversos bens imóveis dos quais era proprietária. No referido anúncio poderiam ser encontrados pelos interessados todos os elementos relevantes, como sejam as condições de adjudicação, os métodos de pagamento ou a perda do sinal. No dia indicado para a

---

<sup>261</sup> In Revista Jurídica AAFDL Nº29, Edição Centenário, Homenagem ao Professor Miguel Galvão Teles, Lisboa, 2015, pp. 35 e ss.

licitação, os AA. estiveram presentes e efectivamente licitaram um imóvel, tendo sido a sua proposta aceite pela Ré.

As condições de pagamento previstas no anúncio estabeleciam o pagamento de 25% do valor da venda no ato da adjudicação, o pagamento de 65% do valor da venda no prazo de quinze dias após a adjudicação e o pagamento de 10% do valor da venda no acto de escritura pública de compra e venda.

No dia da adjudicação, os AA. entregaram à Ré o valor correspondente aos 25% do valor da venda no ato da adjudicação e volvidos os referidos 15 dias após a adjudicação os AA. entregaram também à Ré. o correspondente a 65% do valor da venda, conforme o estabelecido no anúncio. No início de Dezembro de 2001, os AA. interpelaram a Ré para diligenciar no sentido do agendamento da escritura pública, tendo a Ré respondido que o pagamento prévio e integral do preço devido pela aquisição do imóvel era condição da outorga da respectiva escritura. Dando cumprimento ao solicitado pela Ré, os AA. transferiram para a Ré a última tranche do pagamento, correspondente aos 10% do valor da venda no acto de escritura pública de compra e venda. A Ré entregou em todos estes pagamentos as respectivas quitações.

Em 2006, confiando na Ré, os AA. celebraram com uma sociedade imobiliária um contrato referente ao imóvel adquirido à Ré, no qual se comprometeram a outorgar a escritura até ao dia 30 de Janeiro de 2007. Assim, no início de Janeiro interpelaram mais uma vez a Ré para comparecer em determinado dia, local e hora para a realização da escritura. A Ré, porém, não compareceu. Desta feita, os AA. interpelaram novamente a Ré para que esta agendasse escritura no cartório notarial, tendo-lhe sido concedido para o efeito o prazo de 20 dias.

Apenas em 2008 viria a Ré a requerer junto da Conservatória do Registo Predial o registo do imóvel a seu favor, sendo que os AA. desconheciam que sobre o imóvel pendia tal condição. Os AA. desconheciam ainda que sobre o imóvel pendia a condição de instalar e ter em funcionamento um conjunto de prédios, bem como um estabelecimento de assistência destinado a abrigar pessoas idosas ou a asilar crianças pobres.

Nestes termos, atento o incumprimento da Ré, bem como a falta de interesse dos AA. na efectivação do contrato volvidos tantos anos, os AA. comunicaram à Ré a resolução do contrato-promessa.

Assim, pediram os AA. o seguinte:

- Que seja declarado válida e eficaz a resolução do contrato-promessa;
- Que condene a Ré a restituir-lhes as quantias entregues a título de sinal e ainda um montante avultado referente ao pagamento do sinal em dobro;
- Juros moratórios.

Após estes pedidos, contestou a Ré, enaltecendo apenas a parte que nos interessa para o nosso estudo e também sumariamente, que a mora não pode constituir neste caso um motivo de perda de interesse por parte dos AA. e que assim sendo a resolução do contrato foi ilícita. Disse ainda a Ré que mesmo que assim não se entendesse, as consequências teriam de ser outras pois o anúncio não é um contrato-promessa, nem contém a assinatura da Ré. Alegou ainda a Ré que os recibos de quitação referentes aos pagamentos efectuados pelos AA. não podem ser entendidos como contratos-promessa, nem o substituem. Afirmou também a Ré que os recibos não estavam assinados por alguém com poderes para validamente a representar, bem como que nem formalmente, nem materialmente estaria em causa um contrato-promessa. Nestes termos, mesmo que a resolução fosse considerada lícita, as consequências não seriam a devolução em dobro, acrescida de juros.

O Tribunal de primeira instância deu razão aos AA., decisão da qual a Ré recorreu, mas sem êxito porquanto o Tribunal da Relação manteve a decisão, ainda que com fundamentos distintos.

A Ré, ainda inconformada pediu revista tendo concluído as suas alegações dizendo que estando em causa a transmissão de um imóvel, o contrato-promessa teria de ser reduzido a escrito e sendo bilateral deviam constar as assinaturas de ambas as partes, nos termos do artigo 410.º do Código Civil. Alegou a Recorrente que não ficou provado que os AA. tivessem assinado o contrato-promessa e que também não é legítimo entender que os recibos de quitação do pagamento foram assinados pela Recorrente, uma vez que estes foram assinados pelo “caixa” da mesma.



A Recorrente alegou também que, ainda que se entendesse que o contrato estava assinado por uma das partes, não era legítimo ao Tribunal converter o contrato-promessa bilateral nulo, por falta de forma, em contrato-promessa unilateral e válido. Para tal alegou a Recorrente que a conversão não pode ser conhecida oficiosamente pelo Tribunal, e como tal teria de ser requerida por uma das partes, nos termos do 293.º do Código Civil.

Perante tudo isto, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça que estão preenchidos os requisitos essenciais do contrato-promessa: a convenção e a vinculação de ambas as partes à celebração do contrato de compra e venda.

Entendeu ainda o douto Tribunal que *“o contrato de compra e venda do imóvel tinha que vir a ser celebrado por escritura pública”*, ou documento particular autenticado. *“Em todo o caso, documento escrito”*, tendo o douto Tribunal entendido que nenhuma das partes assinou qualquer documento contratual, pelo que, por força do artigo 220.º, *“o contrato-promessa é, à partida, nulo por falta de forma”*.

Pode ler-se no texto do Acórdão, que *“as normas que impõem forma solene para a efectivação dos contratos são de interesse público. E seriam, com facilidade desprezadas se, com frequência, se entendesse serem aqueles válidos, apesar da não observância da forma exigida por lei. Daí que os tribunais tenham que ser muito cautelosos, quanto a eventual paralisação dos efeitos da invalidade. Todavia, quer a doutrina, quer a jurisprudência vêm deixando uma estreita abertura em ordem a, com base no princípio da boa-fé e sua manifestação através do abuso do direito, ser admitida essa paralisação. (...) Para o nosso caso apenas interessa a atuação confiante ou, dizendo de outro modo, a tutela da confiança. No “modelo da tutela da confiança” assenta também Menezes Cordeiro (...) Primeiro, os gerais (situação de confiança, justificação para a confiança, investimento na confiança, imputação da confiança ao responsável que irá arcar com as suas consequências).*

*Depois, as específicas das “inalegabilidades formais” (o estarem em jogo apenas os interesses das partes envolvidas e nunca terceiros de boa fé, a imputação da situação de confiança à pessoa a responsabilizar e dificuldade em assegurar o investimento na confiança por outra via)”*.

Ora, na decisão em questão o Douto Tribunal entendeu estarem preenchidos os requisitos para a Tutela da Confiança, vejamos:

- Situação de confiança, *in casu* a Ré fez publicar um anúncio no qual alertava para a venda de diversos imóveis, estabelecendo a base de licitação e as condições de adjudicação, nomeadamente o pagamento faseado. Entendeu o Tribunal que “a publicitação, a referência à base de licitação, com marcação de hasta pública e alusão ao pagamento faseado, começando no “acto da adjudicação” com outra prestação no prazo de 15 dias “após a adjudicação”, são mais do que idóneas para incutir em qualquer pessoa uma confiança fortíssima na vinculação à efetivação do contrato definitivo. Maior intensidade ainda sendo conferida com a exigência, que veio posteriormente a ter lugar, do pagamento prévio integral, desrespeitando até a estipulação de que 10% só seriam pagos no ato da escritura. Nos pontos 13.º e 15.º do elenco factual, alude-se mesmo expressamente à confiança que os ora autores depositavam na celebração do contrato”.

- Justificação para a confiança, o douto Tribunal entendeu que face a toda a factualidade em causa, há justificação para a confiança. Pode ler-se no texto do Acórdão que “conforme flui do que vem sendo dito, esta situação de confiança, plenamente justificada, emergiu totalmente de comportamento da ora ré”.

- Investimento na confiança, refere o douto Tribunal que “os autores investiram nessa confiança, quer porque pagaram a totalidade do preço, quer porque celebraram com uma imobiliária um contrato referente a tal prédio, no qual se vincularam a outorgar escritura pública relativa ao contrato definitivo até 30.1.2007”. Está assim plenamente preenchido o requisito do investimento na confiança.

- Imputação da confiança ao responsável, quanto este requisito refere também o Douto Tribunal que “ficou claro que a situação de confiança, plenamente justificada, emergiu totalmente de comportamento da ora ré e não dos AA”.

No tocante aos requisitos adicionais relativos à inalegabilidade de nulidade formal, propugnados por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO como referimos anteriormente, decidiu o Tribunal não estarem em jogo interesses de terceiros, “primeiro porque o

*encargo que consta do documento junto a folhas 25 e 26 se reporta a instalação e funcionamento “nos prédios da herança” de um “estabelecimento de assistência destinado a albergar pessoas idosas ou a asilar crianças pobres”, sendo este apenas “um” prédio. Depois, porque, na perspectiva da presente ação, o que está em causa é, não o cumprimento do contrato-promessa, mas a sua resolução, com devolução das quantias pagas em dobro. A resolução, que tem efeito retroativo, em nada colide com o encargo, se se considerasse que este atingia o prédio ora em discussão.*

*Para além do acima referido, entendeu ainda o Tribunal que “a má-fé com que a ré atuou em todo o processo de venda é intensificada, quer porque não esclareceu, logo à partida, que existia relativamente aos prédios constantes da herança um encargo para mais tão oneroso, precisando se este prédio estava ou não envolvido, quer porque, tendo anunciado a venda e aceite a proposta de aquisição em 2001, exigiu, ainda nesse ano, o pagamento total do preço e só em 3.7.2008 requereu na Conservatória do Registo Predial a aquisição em seu nome (sem a qual não podia celebrar a escritura pública relativa ao contrato definitivo).*

*Sendo ainda certo que não se vislumbra outra via para ser assegurado o investimento na confiança.*

*Temos, portanto, como verificados todos os requisitos para ser bloqueada a invocação da nulidade por falta de forma do contrato-promessa.”*

Por todo o exposto podemos concluir que estando preenchidas as proposições acima apontadas, estamos perante uma situação merecedora de tutela da confiança da parte contra quem é feita valer a nulidade.

Nesta medida e de acordo com solução por nós proposta, entendemos estar perante uma *nulidade relativa* ou *atípica*, a qual, como já sabemos, tem um regime diferente do regime estabelecido para a nulidade absoluta do artigo 286.º do Código Civil, quando haja lugar à tutela da confiança da parte contra quem é invocada a nulidade.

Pelo contrário, caso não tenha lugar a tutela da confiança da parte contra quem é invocada a nulidade, aplica-se o regime do artigo 286.º do Código Civil, que respeita às *nulidades absolutas* ou *típicas*, devendo ser declarada a nulidade do negócio jurídico<sup>262</sup>.

---

<sup>262</sup> Veja-se o Acórdão da Relação de Coimbra de 16-03-2010, Processo n.º631/2002.C1 (FALCÃO MAGALHÃES), em que o douto Tribunal entendeu não haver especial confiança a proteger pois ambas as partes tinham combinado não observar a forma legalmente prescrita.

Ainda a este propósito dos requisitos para a verificação do princípio da tutela da confiança levanta-se a questão de saber se todos os critérios acima apontados têm que estar efectivamente presentes para que haja lugar à tutela da confiança ou se ao invés bastaria articulá-los numa ideia de sistema móvel.

Ora, no *venire contra factum proprium* os critérios *supra* mencionados são entendidos numa ideia de sistema móvel, isto é, as previsões específicas da confiança dispensam, por vezes, algum ou alguns dos pressupostos referidos. Assim quando alguns deles assumam, *in concreto*, uma intensidade tal, estes podem suprir a falha em causa<sup>263</sup>. Vejamos se na inalegabilidade de nulidades formais poderá também ser assim.

Como tivemos oportunidade de analisar em sede de distinção entre a inalegabilidade de nulidades formais e as figuras afins, como seja o *venire contra factum proprium*, a concretização do *venire contra factum proprium* na inalegabilidade de nulidades comporta algumas distorções e como tal, a ideia de sistema móvel na inalegabilidade torna-se um pouco mais complexo. Porém, em nossa opinião<sup>264</sup>, parece-nos defensável entender que o elenco de proposições pode ser temperado pela lógica de um sistema móvel. Assim, quando no caso concreto alguns dos requisitos assumam uma intensidade tal, estes podem suprir a falha em causa.

#### **4. Requisito subjectivo? A questão da culpa dos agentes**

O requisito da *imputação da confiança* para efeitos da verificação da aplicação do princípio da tutela da confiança implica a existência de um agente a quem se deva a entrega confiante do tutelado. Conforme referido, ao proteger a confiança de uma parte, está, em regra, a onerar-se outra. Esta realidade implica que a outra parte, seja de algum modo responsável pela situação criada. A este propósito levanta-se a questão da *culpa*.

Já analisámos aquilo que se exige da parte que irá beneficiar da inalegabilidade da nulidade formal. Coloca-se agora a questão de saber se algo se exige de quem provoca a

---

<sup>263</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2007, p.293.

<sup>264</sup> Havíamos-nos pronunciado neste sentido em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

nulidade aquando da celebração do negócio e depois a invoca. Será necessário averiguar da culpa da parte que provoca a nulidade para que haja lugar à inalegabilidade desta?

A este propósito poder-se-ia dizer que a parte que causa a nulidade teria que ter agido com culpa pois só assim atentaria contra os ditames da boa-fé. Isto é, teria que, com culpa, ter provocado a preterição da forma legalmente exigida.

Em nossa opinião e conforme nos havíamos pronunciado anteriormente a este propósito<sup>265</sup>, caso a parte que provoca a nulidade não aja com a consciência de que a está a provocar, nesse momento, não agiu de má-fé. Porém, se provoca a nulidade, ainda que inconscientemente no momento da celebração do negócio e mais tarde exerce o seu direito de a invocar, este direito sim é exercido contrariamente à boa-fé. Ou seja, o exercício contrário à boa-fé, a nosso ver, não deve ser averiguado pela culpa ou ausência dela no momento da celebração do negócio jurídico. O exercício contrário aos ditames da boa-fé dá-se antes no momento em que, independentemente de culpa, quem provoca a nulidade ou compactua com esta, posteriormente a invoca – nesse momento o alegante da nulidade incorre em abuso do direito por violação dos ditames da boa-fé.

A nosso ver, a tutela da confiança do beneficiário da inalegabilidade da nulidade não deve estar dependente da culpa do responsável pelo vício formal<sup>266</sup>.

Em nossa opinião ainda que o responsável pelo vício de forma não o seja nem a título de dolo nem a título de negligência, a confiança da contraparte não deve ser influenciada por isso. Ou seja, independentemente da culpa do responsável pelo vício (caso seja possível determiná-lo), havendo por parte do co-contratante um merecimento da tutela da sua confiança, não é a culpa do responsável pelo vício que lhe deverá retirar tal protecção.

Como referimos anteriormente o abuso do direito assume em Portugal uma concepção objectiva, pelo que não importa averiguar a intenção do titular do direito. Importará sim,

---

<sup>265</sup> “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

<sup>266</sup> Vide a este propósito as decisões do douto Tribunal da Relação de Évora de 09-12-2009, Processo n.º377/07.7TBSTB.E1 (SILVA RATO) e de 14-05-2009, Processo n.º535/05.9TBOLH.E1 (ACÁCIO NEVES).

em nossa opinião verificar se foi ou não violada, no caso concreto, uma norma de conduta,

## **5. Defesa de um meio de sanção inominado e sua base legal (334.º do Código Civil Português)**

Importa agora analisar se perante uma nulidade relativa em que não podendo alegar a nulidade quem lhe deu origem (em virtude da tutela da confiança), não podendo esta ser alegada por qualquer interessado, nem podendo o Tribunal declará-la oficiosamente, teríamos um contrato nulo a produzir os seus efeitos na ordem jurídica?

Conforme nos havíamos pronunciado anteriormente a este propósito<sup>267</sup>, a nossa resposta é não. Em nossa opinião, devendo ter lugar a tutela jurídica da parte contra quem é invocada a nulidade, o negócio viciado por falta de forma fica sanado. Poderia discutir-se a que título ficaria o negócio jurídico sanado, se por via de uma de uma confirmação imprópria ou se por via de uma sanção inominada.

No que toca à “confirmação imprópria”, RUI DE ALARCÃO entende que no caso da nulidade não pode haver lugar a uma confirmação em sentido próprio uma vez que esta é, em princípio, aplicável apenas aos actos anuláveis<sup>268</sup>. Assim, para este autor os casos de confirmação de actos nulos teriam que ser casos de confirmação imprópria.

Como vimos, existem no nosso ordenamento jurídico exemplos em que os actos nulos podem ser confirmados. Vejam-se a este propósito os artigos 968.<sup>o269</sup> relativamente à confirmação de doações nulas, o artigo 1941.<sup>o270</sup> relativo à confirmação dos actos praticados pelo tutor sem a necessária autorização e o artigo 2309.<sup>o271</sup> relativo à confirmação do testamento, todos do Código Civil.

---

<sup>267</sup> In “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

<sup>268</sup> In, *A confirmação dos negócios anuláveis*, Vol. I, Atlântida Editora, Coimbra, 1971, pp.128-140.

<sup>269</sup> O qual dispõe que “*não pode prevalecer-se da nulidade da doação o herdeiro do doador que a confirme depois da morte deste ou lhe dê voluntária execução, conhecendo o vício e o direito à declaração de nulidade*”.

<sup>270</sup> <sup>270</sup> O qual dispõe que “*o tribunal de menores, ouvido o conselho de família, pode confirmar os actos praticados pelo tutor sem a necessária autorização*”.

<sup>271</sup> O qual dispõe o seguinte: “*não pode prevalecer-se da nulidade ou anulabilidade do testamento ou da disposição testamentária aquele que a tiver confirmado*”.

Existindo na lei portuguesa casos excepcionais de confirmação de actos nulos, poder-se-ia entender que também se poderia aplicar tal solução à situação que resulta da inalegabilidade de nulidades formais que não esteja especificamente prevista na lei, ou seja, confirmar actos nulos por falta de forma sanando-se assim o vício.

Porém, a via da confirmação ainda que em sentido impróprio, por se tratarem de actos nulos, não nos parece viável uma vez que a confirmação de actos nulos parece vocacionar-se apenas para os casos previstos expressamente na lei. Ora, não nos parece possível que o legislador consiga prever e reflectir na lei todos os casos em que o vício de forma merece ser sanado. Pelo exposto, a confirmação de actos nulos não nos parece ser a solução que melhor se enquadra na situação de inalegabilidade de nulidades formais.

Pelo exposto a solução por nós proposta passa assim pela outra via acima mencionada, isto é, pela sanação do vício de forma através de um “meio de sanação inominado”, que tem a sua base legal no artigo 334º do Código Civil.

Uma vez verificada a tutela da confiança da parte contra quem é invocada a nulidade, estamos perante uma nulidade relativa, a qual não pode ser alegada pela contraparte, por terceiros, ou ser declarada *ex officio* pelo Tribunal. Porém, em nossa opinião, não ficamos com um contrato nulo a produzir efeitos na ordem jurídica como se de um negócio válido se tratasse. Em nossa opinião no momento em que teve lugar a tutela da confiança da parte contra quem é feita valer a nulidade, o vício deve considerar-se sanado.

Esta sanação é uma sanção inominada, tem a sua base legal no artigo 334.º do Código Civil e tem lugar por via da tutela da confiança da parte contra quem é feita valer a nulidade. Tendo lugar esta sanação do vício através do princípio da tutela da confiança, deve entender-se como válido o negócio jurídico.

No que toca ao regime desta sanção inominada, conforme referimos em estudo anterior<sup>272</sup>, este teria a sua base legal no artigo 334.º do Código Civil e não seria necessária a intervenção do Tribunal para a *constituir*. Isto é, a intervenção do Tribunal seria meramente *declarativa* pois, a sanção do vício deu-se no momento em que teve lugar a tutela da confiança da parte contra quem foi invocada a nulidade. Assim, aquando de uma eventual intervenção judicial, a sentença reconhecerá a produção de efeitos não daí para a frente mas sim desde o momento em que teve lugar a protecção da confiança do beneficiário da inalegabilidade da nulidade formal.

Sendo a “confirmação de actos nulos” para os casos expressamente previstos na lei e sendo difícil ou mesmo impossível estabelecer na lei todos os casos em que o vício de forma merece ser sanado, cremos que a solução para a inalegabilidade de nulidades formais passa então pela aplicação do artigo 334.º do Código Civil, o qual reflecte um meio de sanção inominado.

No que toca à protecção de terceiros, a nosso ver, a solução passa por permitir que um terceiro invoque a nulidade antes de se ter consolidado a protecção da confiança da parte contra quem é feita valer a nulidade. Consolidação essa que, como vimos, não se dá desde o momento de uma eventual sentença, mas sim desde o momento em que teve lugar a tutela da confiança. Por sua vez, um terceiro não poderia invocar a nulidade depois de consolidada a situação de confiança uma vez que nesse caso o vício de forma já se encontra sanado. Pelo exposto, caso um terceiro invoque a nulidade do negócio antes de se consolidar a confiança da parte contra quem é feita valer a nulidade, o regime aplicável será o previsto no artigo 286.º do Código Civil e como tal, deve ser declarado nulo o negócio.

Neste último caso de um terceiro não poder invocar a nulidade formal, por se ter consolidado na ordem jurídica a protecção da confiança da parte contra quem foi invocada a nulidade, por se ter sanado o vício formal do negócio jurídico, será eventualmente possível a discussão de uma pretensão indemnizatória<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> In “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in Revista de Direito Civil, N.º 0, Almedina, 2015.

<sup>273</sup> <sup>273</sup> Havíamos-nos pronunciado neste sentido em “A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida”, in Revista de Direito Civil, N.º 0, Almedina, 2015.



Ainda a propósito da protecção de terceiros, iremos pronunciar-nos mais adiante no âmbito do direito registal.

## **6. Conservação dos efeitos dos contratos celebrados com preterição de forma legal e os contratos reais**

Importa, de seguida, responder à questão de saber se o nosso critério de solução para o problema da conservação dos efeitos dos negócios jurídicos nulos por falta de forma também é aplicável aos contratos reais; ou se, pelo contrário, a “convalidação atípica” dos contratos nulos por falta de forma por confluência do princípio da tutela da confiança é apenas aplicável aos contratos obrigacionais, como é exemplo referencial o contrato de arrendamento.

O que devemos entender por contratos reais (*quoad constitutionem*)? ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO aborda a questão dos contratos reais a propósito das classificações de contratos. Nesta sede, refere o autor que na tradição romana contrapunham-se os contratos consensuais aos contratos reais: os contratos consensuais produziam efeitos *solo consensu*, isto é, pelo mero acordo entre as partes, fosse qual fosse o modo por que ele se manifestasse, contrapondo-se aos contratos reais, que exigiam a entrega da coisa visada<sup>274</sup>.

Ressalva, ainda, o ilustre Professor da Faculdade de Direito de Lisboa, que “hoje, a distinção tem, em regra, o seguinte conteúdo:

- os contratos consensuais não exigem qualquer forma específica, bastando que as declarações de vontade que as integram se manifestem de modo mutuamente compreensível;
- os contratos formais requerem que as declarações em causa se exteriorizem por via predeterminada legalmente;
- os contratos reais (*quoad constitutionem*) implicam, além das declarações de vontade (consensuais ou formais, consoante o caso), a entrega de uma coisa”<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VII, Almedina, Coimbra, 2.<sup>a</sup> reimpressão da 1.<sup>a</sup> edição, 2016, p. 188.

<sup>275</sup> Continuamos a citar ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VII, Almedina, Coimbra, 2.<sup>a</sup> reimpressão da 1.<sup>a</sup> edição, 2016, p. 188.

Já segundo as lições de CARLOS MOTA PINTO (actualizadas por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO), os “negócios reais são aqueles negócios em que se exige, além das declarações de vontade das partes, formalizadas ou não, a prática anterior ou simultânea de um certo acto material. Na vigência do Código anterior, indicavam-se, como exemplos, o depósito, o comodato, o mútuo e o penhor. Em face do Código Civil em vigor, estes contratos continuam a ser configurados como reais, pois na definição não se faz referência a qualquer obrigação do depositante, do mutuante, etc. de entrega do objecto, antes se considera o acto material de entrega como elemento da estrutura do negócio (arts. 1185.º, 1124.º e 1142.º)”<sup>276</sup>.

No entanto, MOTA PINTO critica a persistência até aos nossos dias da distinção entre contratos consensuais e contratos reais (*quoad constitutionem*), considerando que os contratos reais (*quoad constitutionem*) não exercem qualquer finalidade útil no actual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica: “é um resquício da tradição romanista, que parece não desempenhar hoje, pelo menos quanto ao mútuo, ao comodato, ao depósito, uma qualquer função útil, isto é, não corresponder a qualquer interesse relevante. Qual o interesse que se opõe ao reconhecimento do direito do mutuário ou do comodatário de, após o acordo, exigirem a entrega do objecto para dele se servirem e, posteriormente, o restituírem? Dada a impossibilidade de resposta satisfatória a estas dúvidas (salvo, eventualmente, para o caso do penhor), a doutrina tem entendido, entre nós, que um contrato de mútuo, nulo por falta de entrega da coisa, pode ser convertido num contrato-promessa de mútuo (“*pactum de mutuando*”). (...) Assim, se não se provar que as partes quiseram o contrato como real, este deve ter-se por perfeito logo com o acordo das partes. Se se provar que as partes quiseram o contrato como real, então poderá haver uma conversão em contrato-promessa, mas este não será susceptível de execução específica”<sup>277</sup>.

MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, tratando o tema do modo de formação dos contratos, iniciando por diferenciar os contratos consensuais dos contratos formais ou

---

<sup>276</sup> CARLOS MOTA PINTO (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª edição, 2ª reimpressão, 2012, p. 395.

<sup>277</sup> CARLOS MOTA PINTO (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª edição, 2ª reimpressão, 2012, pp. 396-397. Contra a manutenção da categoria de contratos reais (*quoad constitutionem*), pronunciou-se também ALBERTO VIEIRA CURA, *Fiducia cum creditore* (Aspectos gerais), Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, volume XXXIV, Coimbra, 1990, pp. 97 e ss.

solenes, ressalva que “por vezes, alude-se a contratos consensuais num sentido diverso, contrapondo-os aos contratos reais, que são aqueles em que se requer, além das declarações de vontade das partes, sujeitas ou não a forma, a entrega (material, simbólica ou fictícia) ou a dação de uma certa coisa, como requisito constitutivo e não fase executória ou de cumprimento do negócio”<sup>278</sup>.

Em outra obra, aquele douto autor acrescenta que “em face do nosso direito vigente, porém, a categoria dos contratos reais afigura-se indiscutível. Daí que, nesse plano, a controvérsia não tenha de equacionar-se a propósito do seu reconhecimento, nem sobre se a entrega da coisa representa mero requisito de eficácia ou de forma de manifestação da vontade, dado que a lei a considera elemento constitutivo. Pelo contrário, faz sentido saber se ao lado das espécies tipificadas de contratos reais, haverá lugar à admissibilidade de paralelos ou homólogos contratos consensuais, designadamente de comodato, de mútuo e depósito”<sup>279</sup>.

Posto isto, podemos concluir que a categoria dos contratos reais (*quoad constitutionem*) ainda se mantém no Direito Civil português. Contrapondo-se aos contratos consensuais, os contratos reais *quoad constitutionem* fazem depender a sua perfeição do acto material de entrega da coisa – na prática, isto significa que antes da entrega da coisa, o contrato não é celebrado, não vinculando as partes ao seu cumprimento. No entanto, os contratos reais *quoad constitutionem* são a excepção, tal como é excepcional a imposição de forma legal para a exteriorização das declarações negociais; os contratos consensuais e não formais ou não solenes são a regra. Esta nossa conclusão resulta da combinação dos artigos 219.º e 408.º, n.º 1 do Código Civil.

De facto, como já vimos ao longo da nossa tese, o artigo 219.º dispõe que “a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei o exigir”. Só, pois, nos casos em que a lei prevê expressamente uma determinada forma para a exteriorização da vontade negocial é que a forma releva como requisito de validade do negócio jurídico. Por este motivo, as regras sobre forma são regras excepcionais que não comportam aplicação analógica.

---

<sup>278</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 40.

<sup>279</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2008, p.287 (há edição de 2016).

O artigo 408.º, n.º1 do Código Civil, por sua vez, prescreve que “a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvo as excepções previstas na lei”. Ou seja, os direitos reais transmitem-se *solo consensu*, não sendo necessário um acto adicional posterior, nomeadamente a entrega. O princípio da consensualidade é, pois, a regra quanto à transmissão de direitos reais.

Antes de avançarmos, impõe-se uma precisão suplementar. Referimo-nos anteriormente aos contratos reais, no sentido de reais *quoad constitutionem*, ou reais quanto à constituição, porque são estes que se contrapõem aos contratos consensuais. Esta distinção releva quanto ao modo de formação dos contratos. No entanto, surge frequentemente no giro jurídico-forense a referência a outra modalidade de contratos reais: os contratos reais *quoad effectum*, ou quanto aos efeitos.

A contraposição entre contratos reais *quoad effectum*<sup>280</sup> e contratos reais *quoad constitutionem*<sup>281</sup> não é correcta, pois enquanto os primeiros se reportam aos efeitos do contrato, os segundos reportam-se à formação do contrato. Efectivamente, nos contratos reais *quoad effectum*, o direito real transmite-se pela mera celebração do contrato, sendo a entrega da coisa já um acto de execução do contrato.

Os contratos reais *quoad effectum* são, pois, a regra quando nos referimos a contratos reais – isto porque, por via do já acima citado artigo 408.º, n.º 1 do Código Civil, é a declaração de vontades das partes que faz operar a transmissão da posição jurídica real<sup>282</sup>.

É, nestes termos, notoriamente relevante estudar se poderá ocorrer uma convalidação do contrato nulo por falta de forma no caso de o contrato ser qualificado como contrato real. O problema coloca-se essencialmente nos contratos reais *quoad effectum*, na medida em que se discute a titularidade da posição jurídica real, sobretudo vigorando, entre nós, o sistema do título quanto à aquisição de direitos reais.

---

<sup>280</sup> Contrato real *quoad effectum* é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral que produz efeitos de natureza real, constituindo, modificando, transmitindo ou extinguindo direitos reais.

<sup>281</sup> Contrato real *quoad constitutionem* é aquele para cuja constituição (ou celebração) a lei exige, além das declarações negociais das partes, a entrega da coisa que constitui o seu objecto.

<sup>282</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2008, p.287 (há edição de 2016), pp. 284-285, refere-se a estes contratos (reais quanto aos efeitos) como os verdadeiros contratos reais.

Já quanto aos contratos reais *quoad constitutionem* (quanto à constituição), o problema coloca-se com menos pertinência. A razão é simples; nesta modalidade de contratos, o contrato só se constitui mediante a entrega da coisa, e no momento da entrega da coisa. Desta feita, nos contratos reais *quoad constitutionem* elemento essencial para a perfeição do contrato é a entrega da coisa e não a forma especial para a declaração negocial<sup>283</sup>.

Vejam-se os seguintes exemplos de contratos reais *quoad constitutionem*:

- *contrato de comodato*: o artigo 1129.º do Código Civil define comodato como sendo o “*contrato gratuito pelo qual uma das partes entrega à outra certa coisa, móvel ou imóvel, para que se sirva dela, com a obrigação de a restituir*”. A expressão “entrega” (e não obriga-se a entregar) tem sido interpretada como sendo a entrega um elemento essencial do contrato e não um seu efeito. O que significa que a perfeição exige a entrega da coisa, e não o mero consenso das partes. O regime do comodato não prevê nenhuma regra de forma para a emissão das declarações negociais, talvez precisamente dada a sua natureza de contrato real quanto aos efeitos;

- *contrato de depósito*: artigo 1185.º do Código Civil define depósito como o “*contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida*”. A expressão “entrega” (e não “obriga-se a entregar”) indicia que o contrato apenas é celebrado com e no momento da entrega da coisa. Assim, o acordo das partes não é suficiente para a perfeição deste contrato, o que talvez seja uma das razões explicativas para a não previsão de nenhuma regra sobre a forma da declaração negocial no regime jurídico do contrato de depósito;

- *Penhor de coisas*: o penhor só produz os seus efeitos pela entrega da coisa empenhada, ou de documento que confira a exclusiva disponibilidade, ao credor ou a terceiro (artigo 669.º, n.º1 do Código Civil). O contrato de constituição de penhor de coisas é, pois, um contrato real *quoad constitutionem*.

---

<sup>283</sup> Veremos melhor esta questão adiante a propósito do contrato de mútuo, uma vez que no caso de contratos reais *quoad constitutionem* para os quais a lei exija também forma especial, poder-se-á entender que a tradição “substitui” a forma especial para efeitos de formação do contrato nos casos em que, por exemplo, tenha havido tradição da coisa mas não tenha sido respeitada a forma escrita.

Nestes casos, a questão da inalegabilidade formal não se coloca, uma vez que o contrato só se torna perfeito com a entrega da coisa e não é concebível um contrato de comodato, depósito ou de constituição de penhor que se tenha constituído apenas pelo consenso das partes (a não ser nos casos já avançados pela doutrina acima referida em que as partes tenham querido celebrar contratos de comodato ou de depósito com natureza apenas obrigacional, contudo, nestes casos, vigorará o princípio da liberdade de forma – artigo 219.º do Código Civil) – o problema relacionado com a conservação dos efeitos de contrato nulo não se coloca. O momento relevante para a constituição do contrato é a entrega da coisa e não o consenso.

Todavia, um outro contrato tido pela maioria da doutrina como real *quoad constitutionem* justifica uma análise mais detalhada. Referimo-nos ao contrato de mútuo (artigos 1142.º e seguintes do Código Civil), ao qual dedicaremos a nossa atenção mais adiante.

De seguida, iremos analisar se a solução que propomos para o problema da inalegabilidade de nulidade formal se poderá aplicar aos contratos reais quanto aos efeitos, nomeadamente aos contratos de compra e venda, doação e de troca ou escambo.

#### **a) Contrato de compra e venda**

Nos termos do artigo 874.º do Código Civil, “*compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço*”. Este artigo, articulado com o artigo 408.º, n.º1 do Código Civil, leva à conclusão de que o direito de propriedade se transmite por mero efeito do contrato, ou seja, o consenso das partes é suficiente para operar o efeito translativo da propriedade.

Discute-se, no entanto, se é admissível no Direito português a celebração de contrato de compra e venda meramente obrigacional. A doutrina maioritária responde negativamente. De facto, PEDRO DE ALBUQUERQUE nota que “para a transmissão da propriedade da coisa ou titularidade do direito basta, em regra, (...) o simples acordo das partes, dotado embora de certo vestimento, quando a lei exija a observância da forma. Quer isto dizer que a transferência ou constituição do direito real é, na compra e

venda civil, sempre efeito do contrato. Nos moldes consagrados pelo nosso Direito Civil, se a compra e venda não for acompanhada de transmissão da propriedade de uma coisa ou da titularidade de um direito, ainda quando diferida no tempo, não é uma compra e venda”<sup>284</sup>.

Este autor prossegue, refutando a tese de que a natureza real do contrato de compra e venda comporta exceções no Direito Civil português: “em conclusão, no nosso Direito Civil, a compra e venda tem sempre carácter real. Um contrato do qual não decorra a transmissão da titularidade de uma coisa ou de direito não poderá nunca qualificar-se como compra e venda civil; mesmo quando reunidos e verificados os demais requisitos e efeitos desse contrato”<sup>285</sup>.

No mesmo sentido, manifestam-se PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUÍS MENEZES LEITÃO. O primeiro Autor escreve que “a compra e venda corresponde a um contrato em cujo processo formativo a entrega da coisa é dispensável, razão pela qual se qualifica como contrato obrigacional; para a celebração do negócio jurídico basta o consenso (...) em qualquer das hipóteses, a transferência da propriedade não depende da celebração do segundo negócio jurídico; é sempre consequência do contrato de compra e venda, não carecendo de subsequente acto de disposição”<sup>286</sup>.

O segundo autor conclui no mesmo sentido: “mesmo na hipótese em que a venda possui uma eficácia translativa não imediata ou dependente de eventual verificação de certos actos ou factos, a verdade é que o contrato integra sempre um esquema negocial translativo, situação distinta da venda obrigatória presente no Direito Romano e no actual Direito alemão. Parece, por isso, que se pode afirmar a inexistência, no Direito Português da figura da venda obrigatória”<sup>287</sup>.

Posição contrária foi defendida por ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, considerando que a produção do efeito real por mero efeito do contrato é

---

<sup>284</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações – Contratos em Especial*, Volume I, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 90.

<sup>285</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações – Contratos em Especial*, Volume I, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 99.

<sup>286</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial), Contratos*, Almedina, 2.<sup>a</sup> edição, 2001, p. 25.

<sup>287</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 11.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 26.

uma situação regra, mas que comporta várias excepções legais, dando como exemplos os casos da compra e venda com reserva de propriedade, a compra e venda de bens futuros e de valores mobiliários, e convencionais. Ou seja, diferentemente da opinião maioritária (a que já aqui aludimos anteriormente, invocando o pensamento de PEDRO DE ALBUQUERQUE), ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA defendem que pode haver, no Direito Civil português, casos de compra e venda meramente obrigacional<sup>288</sup>.

Na opinião das referidas autoras, o artigo 408.º, n.º1 do Código Civil quando dispõe que a constituição e a transmissão de direitos reais se dá por mero efeito do contrato “*salvas as excepções previstas na lei*”, significa que a regra é supletiva; as partes podem, pois, escolher um outro evento para operar a transmissão do direito real. Neste sentido, segundo este entendimento, “no direito português, a transmissão do direito de propriedade opera-se por efeito do contrato de compra e venda. Esta transmissão pode, porém, ser operada por um outro evento, livremente escolhido pelas partes. As partes podem também escolher se a verificação desse evento tem eficácia retroactiva, operando a transmissão da propriedade a partir do momento do contrato. Se nada disserem, é a regra da eficácia retroactiva que vigora. Assim, a propriedade transmite-se, em regra, por efeito do contrato. Esta regra é supletiva”<sup>289</sup>.

Somos da opinião de que, efectivamente, o contrato de compra e venda, no Direito Civil português, tem sempre natureza real, produzindo-se o efeito translativo da propriedade (ou de outro direito real) por mero consenso das partes. No entanto, as partes, no exercício da sua autonomia privada, poderão condicionar a produção do efeito real à verificação de um certo facto (artigo 409.º, n.º1 do Código Civil) ou mesmo estipular que o contrato apenas se torna perfeito com a entrega da coisa (caso em que o contrato de compra e venda adquiriria a natureza de contrato real *quoad constitutionem* por via convencional).

Mas, importa salientar que mesmo nos últimos dois casos referidos, não se trata de admitir casos de venda obrigatória no Direito Civil português; o título de aquisição do

---

<sup>288</sup> ASSUNÇÃO CRISTAS/ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Transmissão da Propriedade e Contrato*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 128.

<sup>289</sup> ASSUNÇÃO CRISTAS/ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Transmissão da Propriedade e Contrato*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 128.



direito real é sempre o contrato de compra e venda, e não qualquer acto posterior suplementar.

Neste sentido, a entrega da coisa integra a fase de execução do contrato; é um acto material de cumprimento do contrato. O artigo 879.º do Código Civil não deixa margem para qualquer dúvida, ao estatuir que a “*compra e venda tem como efeitos essenciais: a) a obrigação de entregar a coisa*”. A obrigação de entrega é, pois, um *efeito* essencial do contrato de compra e venda, e não um *elemento* essencial (de constituição) deste tipo contratual.

Quanto à forma, o artigo 875.º do Código Civil dispõe que “*sem prejuízo do disposto em legislação especial, o contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado*”.

O problema da inalegabilidade de nulidade formal tem, pois, plena aplicação no caso do contrato de compra e venda. Se este incidir sobre bens imóveis, o contrato terá de ser celebrado por escritura pública (documento autêntico) ou documento particular autenticado (contrato reduzido a escrito com termo de autenticação notarial, que não o mero reconhecimento de assinaturas); caso contrário, o contrato será nulo (artigo 294.º do Código Civil).

Ora, equaciona-se aqui a hipótese de, não obstante o contrato padecer de nulidade por inobservância de forma, as partes o executarem – procedendo à entrega da coisa e ao pagamento do respectivo preço. Poderá, mais tarde, o vendedor, que originou o vício de forma, vir invocar a nulidade do contrato? Importa, pois, discutir a procedência do recurso ao instituto do abuso do direito (artigo 334.º do Código Civil) como forma de paralisar a invocação da nulidade do contrato de compra e venda.

O primeiro pressuposto lógico para responder afirmativamente a esta questão é avaliar se, *in casu*, se encontram verificados os pressupostos da tutela da confiança, que atrás já expusemos. A situação de confiança seria, naturalmente, a celebração do contrato sugerindo a sua celebração sem a forma legalmente exigida, criando a convicção na contraparte de que o contrato não seria nulo; a confiança, nestes termos, seria legítima; haveria uma justificação para a confiança; e, em princípio, o investimento da confiança e a sua imputação à situação de aparente eficácia criada pela outra parte do contrato.

Um dado novo, no entanto, é-nos carreado pelo contrato de compra e venda – precisamente a produção do efeito real. Ao contrário do que acontece no contrato de arrendamento, em que a posição do arrendatário<sup>290</sup> é meramente obrigacional, no contrato de compra e venda a aquisição do direito real dá-se por mero efeito do contrato.

Se quanto aos efeitos obrigacionais, a sua produção no plano fáctico, mediante a confluência do princípio da tutela da confiança, leva à sua manutenção, produzindo-se uma “convalidação atípica” – já quanto à transmissão da propriedade (ou de outro direito real) o problema torna-se mais complexo.

Analisemos, por isso, mais detalhadamente este ponto, que pensamos ser fulcral para a afirmação dogmática da proibição de invocação de nulidades formais, decorrente do princípio da tutela da confiança.

#### *i) Princípio da causalidade, nulidades formais e abuso do direito*

A transmissão dos direitos reais, no Direito Civil português, dá-se por mero efeito do contrato; é o chamado *princípio da consensualidade*, como já vimos anteriormente.

Ligado ao princípio da consensualidade, sendo uma sua decorrência necessária, encontra-se o *princípio da causalidade*. Ora, o que significa este princípio?

LUÍS MENEZES LEITÃO define o princípio da causalidade (o qual integra no princípio mais vasto da *transmissibilidade dos direitos reais*) como o princípio “nos termos do qual a existência de uma justa causa de aquisição é sempre necessária para que o direito real se constitua ou transmita. Como a existência do título é necessária para a constituição ou transmissão do direito real, a validade ou regularidade da causa de aquisição é imprescindível para que essa constituição ou transmissão se opere, pelo que qualquer vício no negócio causal afectará igualmente a transmissão da propriedade”<sup>291</sup>.

---

<sup>290</sup> Contrato que tem merecido mais a atenção da doutrina e da jurisprudência no que respeita ao problema das inalegabilidades formais.

<sup>291</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 24.

JOSÉ ALBERTO VIEIRA, por sua vez, analisa mais detalhadamente este princípio, começando por notar que: “o princípio da causalidade, onde valha, significa que a aquisição do direito real supõe a eficácia do negócio jurídico que lhe está na base (compra e venda, permuta, mútuo, doação, contrato de sociedade, etc.). Se este for nulo, ou vier a ser anulado, a aquisição do direito real não tem lugar. Ele supõe, assim, pode dizer-se, uma causa válida”<sup>292</sup>.

Contrapõe, ainda, este autor o princípio da causalidade ao princípio da abstracção, defendido por SAVIGNY: “o princípio da abstracção repousa na separação entre o negócio jurídico (contrato) obrigacional e o negócio jurídico (contrato) real (princípio da separação). A constituição ou transmissão do direito real requer unicamente a eficácia do negócio jurídico real; caso o negócio obrigacional seja inválido, a ineficácia deste não se repercute na eficácia do negócio jurídico real. Assim, a compra e venda, por exemplo, pode ser nula, pela incidência de um qualquer vício, e ainda assim o comprador adquirir o direito real, porque o contrato real é eficaz. Este é o sistema em vigor na Alemanha. (...) Em caso de nulidade da venda, a transmissão da propriedade tem lugar se os requisitos de eficácia do negócio real houverem sido respeitados. A perda patrimonial do vendedor pode depois ser corrigida através do instituto do enriquecimento sem causa”<sup>293</sup>.

Acaba, no entanto, JOSÉ ALBERTO VIEIRA por concluir que, no Direito Civil português, “vale o princípio que, quando a lei não disponha em contrário, os negócios jurídicos são causais. Isto quer dizer, que a aquisição do direito real se dá unicamente quando o facto respectivo for juridicamente eficaz. Se a compra e venda, por exemplo, for declarada nula ou anulada, todos os efeitos do negócio jurídico são atingidos pela invalidade e, naturalmente, também o efeito real (alíena a) do artigo 879.º). (...) Portanto, quando no artigo 408.º, n.º1, se estabelece que o direito real se constitui ou transmite com o contrato (*real quoad effectum*), deve entender-se tratar-se de contrato eficaz. A causalidade está subjacente a este preceito, como, de um modo geral, aos restantes negócios jurídicos do nosso ordenamento. Inválido, ou de algum modo

---

<sup>292</sup> JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 240.

<sup>293</sup> JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 240-241.

ineficaz o contrato real (*quoad effectum*), não há constituição ou transmissão de direito real<sup>294</sup>.

Em síntese, decorre do princípio da causalidade que a transmissão do direito real apenas se opera por causa eficaz (entendida em sentido amplo, abarcando a validade). Se o contrato for nulo, consequentemente, não produz nenhum dos efeitos jurídicos típicos, o que abrangerá a transmissão do direito real.

Pelo exposto, numa resposta mais precipitada, a aplicação da teoria da inalegabilidade de nulidades formais por via do princípio da confiança seria de afastar no contrato de compra e venda, atendendo ao seu carácter real quanto aos efeitos. Se a transmissão do direito de propriedade para o comprador depende de contrato eficaz, a nulidade do contrato de compra e venda por falta de forma impossibilita que a aquisição seja eficaz. E não se produzindo o efeito real, por via do princípio da unidade do negócio jurídico e a não fragmentação dos seus efeitos, também não se poderia manter a relação obrigacional entre vendedor/comprador.

Pensamos, no entanto, que esta conclusão é errada; o raciocínio deve ser o contrário. Primeiro é necessário apurar se há, *in casu*, razões para a tutela da confiança da parte que a invoca – e depois apurar quais as consequências dessa invocação, nomeadamente saber em que se traduz a paralisação do direito de arguir a nulidade do contrato pela parte que actuou contra os ditames da boa-fé (artigo 334.º do Código Civil).

Ora, aplicando a tese que propomos neste trabalho de investigação, verificados os pressupostos da tutela da confiança, e desde o momento em que se deu lugar à “*relação de confiança*”, o negócio que seria nulo por preterição de forma deve ser tido como válido – é o que nós designamos como *sanação inominada* da relação contratual ou de *convalidação atípica*.

Logo, o princípio da causalidade não obsta à aplicação da teoria da inalegabilidade de nulidade formal ao contrato de compra e venda – é que o contrato, por via precisamente

---

<sup>294</sup> JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 242-243.

da situação de confiança tutelada juridicamente, convalida-se, produzindo os seus efeitos típicos como se fosse válido *ab initio*.

A sanção dos efeitos jurídicos típicos produzidos pelo contrato de compra e venda por via do princípio da tutela da confiança, nos termos já atrás expostos, neste ponto, assemelha-se ao regime da confirmação de actos inválidos. Efectivamente, nos termos do artigo 288.º do Código Civil, n.º 3 e 4: a confirmação pode ser expressa ou tácita e produz efeitos retroactivos, mesmo em relação a terceiros.

A intervenção do tribunal assume, consequentemente, uma natureza declarativa, na medida em que se limita a reconhecer a relação jurídica de confiança entre os contraentes, e, logo, a validade do contrato de compra e venda. A sanção inominada da invalidade formal do contrato de compra e venda implicará, assim, uma intervenção *“meramente declarativa pois a sanção do vício deu-se no momento em que houve lugar à tutela da confiança da parte contra quem foi feita valer a nulidade. Assim, aquando de uma eventual intervenção do tribunal, a sentença terá que reconhecer a produção dos efeitos não daí para a frente mas sim desde que se deu lugar à protecção da confiança”*<sup>295</sup>.

Assim sendo, demonstrada a relação de confiança juridicamente protegida, e declarada por sentença judicial, o contrato de compra e venda celebrado sem a forma legalmente prescrita, torna-se válido, desde o momento em que se considere que houve lugar à tutela da confiança da parte contra quem é feita valer a nulidade. Há, pois, uma convalidação atípica do contrato de compra e venda (que seria, *a priori*, nulo por falta de forma).

Convalidando-se o contrato (o título aquisitivo do direito real), a causa de aquisição do direito de propriedade torna-se eficaz. Logo, a convalidação do contrato através da sanção inominada decorrente do princípio da tutela da confiança gera a aquisição do direito de propriedade pelo comprador por efeito directo do contrato de compra e venda. A solução que proposto é, por isso, plenamente compatível com os princípios da consensualidade e da causalidade. A fonte de aquisição do direito de propriedade é o

---

<sup>295</sup> Como já escrevemos anteriormente neste trabalho.

contrato, o mútuo consenso das partes (princípio da consensualidade, sendo ainda uma solução que decorre do artigo 408.º, n.º1 do Código Civil) e é porque o contrato é válido, por via da tutela da confiança, que a transmissão do direito real se operou<sup>296</sup>.

## **ii) Nulidades formais, abuso do direito e jurisprudência portuguesa**

Especificamente quanto ao contrato de compra e venda, são escassos os casos apreciados pelos tribunais portugueses. O Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre esta problemática, no seu Acórdão de 17-01-2002, Processo n.º01B3778 (MIRANDA GUSMÃO).

Os factos colocados à apreciação do Supremo Tribunal foram, essencialmente, os seguintes:

- i) *“A e mulher B intentaram a presente acção de declaração e de condenação, com processo ordinário, contra C e mulher D, alegando, em síntese, que desde 1990 são donos e possuidores de um determinado prédio, sito na vila da Gafanha da Nazaré, e que em Julho de 1990 o Autor marido vendeu ao Réu por 432.000 escudos, uma parcela de terreno de tal prédio, sem escritura pública, sendo por isso tal venda nula nos termos do artigo 875º, do Código Civil, e que os Réus ocupam 12.250 m2 de terreno dos autores. Concluem pedindo que se reconheça o direito de propriedade dos autores, que se declare a nulidade da compra e venda, a condenação dos Réus a desocupar a parcela que ocuparam, a demolirem o muro que construíram, e o cancelamento de registos a favor destes (...);*
- ii) *Realizada a audiência de julgamento, proferida foi sentença no sentido de julgar a acção procedente, declarando-se nula a compra e venda da parcela de terreno e os Réus condenados a restituí-lo aos autores, e improcedente o pedido reconvencional, dele se absolvendo os autores;*
- iii) *Os Réus apelaram - a Relação de Coimbra, por acórdão de 20 de Maio de 2001, julgou procedente a apelação e revogou a sentença na parte em que*

---

<sup>296</sup> A solução que aqui propomos é, pois, totalmente diferente do princípio da abstracção na aquisição dos direitos reais e do sistema de título e do modo ou sistema do modo. Não há uma separação entre “contrato obrigacional” de compra e venda e o “contrato real” de compra e venda, ou seja, entre os seus efeitos obrigacionais e a produção do seu efeito real, cindindo-se a respectiva fonte, de tal forma que o contrato poderia ser ineficaz (abrangendo a invalidade), mas gerar, ao mesmo tempo, a constituição ou transmissão do direito real. O que aqui aventamos é diferente: ocorre uma convalidação do contrato, celebrada com preterição da forma legal, por incidência do princípio da tutela da confiança. O contrato de compra e venda torna-se válido, produzindo os seus efeitos obrigacionais e reais (artigo 879.º do Código Civil).

*declara nula a compra e venda da parcela de terreno e condena os Réus a restituí-la aos autores, e julgou improcedente os pedidos dos autores, deles absolvendo os Réus;*

- iv) *Os autores pedem revista - revogação do acórdão da Relação e manutenção da decisão da 1ª instância - formulando conclusões nas suas alegações no sentido de serem apreciadas duas questões: a primeira, se o acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 684º e 690º ns. 1 e 4, ambos do Código de Processo Civil, por os Réus não terem invocado a existência de abuso de direito; a segunda, se existe abuso de direito a afastar a possibilidade de arguição da nulidade do negócio”.*

Confrontado com estes factos, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, tendo em conta a fundamentação jurídica, pode ser sintetizada nos seguintes termos:

*“A noção de abuso de direito foi consagrada no Código de 66 (artigo 334º) segundo a concepção objectiva: para que haja lugar ao abuso de direito é necessário a existência de uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito.*

*Esta contradição é patente no caso de "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". A proibição de "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM" cai no âmbito do "ABUSO de DIREITO", através da fórmula legal que considera ilegítimo o exercício de um direito quando o seu titular excede os limites impostos pela boa fé, como sejam os casos em que há contradição real, e não aparente, entre a conduta de um dos outorgantes que se vincula a dada situação futura, criando confiança na contraparte e a conduta posterior a frustrar a confiança criada.*

*A ideia imanente na proibição do "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM" e, conforme aponta BAPTISTA MACHADO, o do "DOLUS PRAESENS": a conduta sobre que incide a valoração negativa é a conduta presente, sendo a conduta anterior apenas referência para, tendo em conta a situação então criada, se ajuizar da legitimidade da conduta actual (...). Perante o que se deixa exposto, em conjugação com a matéria fáctica fixada, não temos dúvidas em precisar que o exercício do direito de invocar a nulidade do contrato de compra e venda em causa só por parte do autor traduz-se num caso de "venire contra factum proprium", já que a Autora mulher encontra-se, e*

*encontrou-se, sempre arredada do negócio; ela não vendeu, não recebeu o preço, não participou nas mediações para a construção do muro. Por isso, não se pode falar em abuso de direito por parte da Autora ao intentar, como intentou, a presente acção com vista à declaração de nulidade do contrato de compra e venda celebrado entre o Autor marido e o Réu, sem observância da forma legal, a escritura pública conforme o estatuído no artigo 875º do Código Civil. A conduta do Autor/marido ao intentar a presente acção a pedir a declaração de nulidade do contrato de compra e venda em causa consubstancia um caso de "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM", porquanto:*

*A conduta presente do Autor/marido foi pôr termo ao contrato de compra e venda em causa com a invocação de não estar em conformidade com o preceituado no artigo 875º, do Código Civil: não ter sido celebrado por escritura pública.*

*A conduta passada do Autor/marido foi a de considerar válido o contrato em causa, de sorte a convencer o Réu, na qualidade de comprador, de que se vinculara à execução do mesmo.*

*Com a conduta passada do Autor/marido preenchido se encontra o primeiro dos pressupostos para que se verifique o efeito próprio do "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM"; precisamente a situação objectiva de confiança.*

*Com a conduta presente do Autor/marido preenchido se encontra o segundo pressuposto - o investimento de confiança -, sendo certo que o último dos pressupostos - a boa fé da contraparte ou de terceiro que confiou - resulta dos factos referidos (...). Conclui-se, assim, existir abuso de direito por parte do Autor/marido no exercício filiado na nulidade do contrato de compra e venda em causa (...).*

#### *IV.*

*Se o abuso de direito por parte do Autor/marido justifica (ou não) a validade do contrato de compra e venda em causa apesar da falta de forma legal, a escritura pública (...).*

*O abuso de direito constitui um vício típico, essencialmente distinto da falta de direito (...) de tal sorte que se o exercício abusivo do direito causar algum dano a outrem haverá lugar à obrigação de indemnizar; se o vício se tiver reflectido na celebração de qualquer negócio jurídico, este será, em princípio, nulo (...). Por outras palavras, a ilegitimidade do abuso de direito tem as consequências de todo o acto ilegítimo: pode*



*dar lugar à obrigação de indemnizar; à nulidade nos termos gerais do artigo 294º; à legitimidade de oposição; ao alargamento de um prazo de prescrição ou de caducidade (...).*

*Face a tais consequências na ilegitimidade de abuso de direito, surge o de saber qual a adequada no caso de abuso de direito na invocação da nulidade de contrato de compra e venda verbal, não celebrado por escritura pública. A consequência será a legitimidade de oposição à declaração de nulidade? Ou, será tão só a obrigação de indemnizar?*

*Dito de outro modo, o abuso de direito poderá justificar que o contrato de compra e venda verbal seja válido?*

*(...) A questão tem sido objecto de larga análise quer no estrangeiro (...) quer contra as normas civilistas, com reflexos na jurisprudência.*

*(...) VAZ SERRA, comentando a posição de M. ANDRADE, no sentido de oposição à declaração de nulidade, defende uma dupla solução, atendendo aos fins que o legislador teve em vista quando estabeleceu certa e determinada forma. Assim: a) se a finalidade da disposição legal respeitante à forma se destina a assegurar tão só a ponderação das partes a solução será a de oposição a declaração de nulidade; b) se a finalidade da disposição legal tem em vista um objectivo inconciliável com a eficácia da declaração não formalizada (como seja o caso do contrato de compra e venda de bens imobiliários, para a qual a lei exige escritura pública... não só para assegurar a ponderação das partes, mas para outros fins e, entre eles, a segurança e a certeza acerca da situação da propriedade imobiliária) a solução será a de ilegitimidade de oposição, ou seja, a nulidade pode ser invocada por quem cometeu abuso de direito, mas ter essa pessoa a obrigação de indemnizar a outra parte - cfr. REVISTA LEGISLAÇÃO e JURISPRUDÊNCIA, ano 109, págs. 30/31.*

*(...) No mesmo sentido está MENEZES CORDEIRO quando escreve:*

*"a manutenção dos efeitos pretendidos pelos negócios nulos, mercê da intervenção subsequente do exercício do direito pressuposto, por forma que transcende manifestamente os limites impostos pela boa fé, implica a obtenção, mediante obrigações legais, dos efeitos procurados através do acto nulo. É precisamente isso que*

*o Direito, recorrendo ao artigo 289 n. 1, sem atender, de propósito, a especificidades concretas, não quer".*

*E acrescenta:*

*"o exercício de um direito que implique a alegação de nulidade formal pode ser abusivo para contrariar a boa fé: o titular exercente, em abuso, incorre em previsões de indemnização ou outras, consoante os efeitos práticos a ponderar". Não podem, à face do Direito português, manter-se, por via directa da boa fé, os efeitos falhadamente procurados pelo acto nulo" - cfr. DA BOA FÉ no DIREITO CIVIL, vol. II, págs. 795.*

*(...) Este Supremo Tribunal de Justiça acolheu os ensinamentos das insígnias civilistas citadas ao firmar a doutrina que o regime das nulidades que decorre dos artigos 285º e seguintes, do Código Civil obsta à procedência da arguição - por inobservância da forma legal - fundada em abuso de direito - cfr. acórdão de 11 de Julho de 1999, no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 409, págs. 735/742.*

*(...) As posições de VAZ SERRA e de MENEZES CORDEIRO, a reflectir-se na doutrina do citado acórdão, merece a nossa inteira concordância, porquanto, por um lado, desaparecido o negócio, as partes não ficam desamparadas no que, ao seu abrigo, hajam prestado: assistem-lhes pretensões de restituição, conforme artigo 289º do Código Civil; por outro lado, a invocação do abuso de direito não pode bloquear quer o poder de qualquer interessado invocar a nulidade do contrato por falta de escritura pública quer o poder do Tribunal de declarar oficiosamente a nulidade, cfr. artigo 286º, do Código Civil.*

*Conclui-se, assim, que o abuso de direito não justifica que se considere válido (subsistente e eficaz) um contrato de compra e venda de bem imobiliário não formalizado por escritura pública. Conclusão a abranger o contrato de compra e venda em causa, de sorte a considerar-se nulo por não ter sido celebrado por escritura pública".*

Ora, este Acórdão (o qual não mereceu da doutrina nacional a devida atenção) do Supremo Tribunal de Justiça justifica as seguintes considerações críticas da nossa parte:

- 1) O Tribunal da Comarca de Ílhavo declarou, em primeira instância, a nulidade do contrato de compra e venda, aplicando o regime comum da nulidade do artigo 289.º do Código Civil;
- 2) O Tribunal da Relação de Coimbra considerou, no entanto, oficiosamente, que o Autor (vendedor que requereu a nulidade do contrato de compra e venda de parcela de terreno) exerceu o seu direito de arguição da nulidade de forma abusiva, à luz do artigo 334.º do Código Civil, pelo que revogou a decisão do Tribunal de 1.º Instância, mantendo o contrato eficaz. O argumento jurídico foi o de exercício por parte do Autor marido do direito de arguição da nulidade em contradição com o seu comportamento anterior de vender o terreno verbalmente, dispensando a escritura pública – o Tribunal invocou, pois, a proibição de *venire contra factum proprium*;
- 3) O Supremo Tribunal de Justiça apreciou também a aplicação da modalidade de proibição de exercício de actos abusivos conhecida como *venire contra factum proprium*, nunca se referindo propriamente à modalidade de *inalegabilidade de nulidades formais*, que representa o núcleo essencial deste nosso estudo. O que é explicável: a modalidade cunhada como “inalegabilidade de nulidade formal” apenas ganhou foros de doutrina com a notável obra de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Da Boa Fé no Direito Civil*”, publicada, na sua 1.º edição, em Outubro de 1983 e depois com as seguintes edições do seu “*Tratado de Direito Civil*”. Ora, a decisão do Tribunal de Comarca de Ílhavo ocorreu no início da década de 90 e a decisão do Supremo Tribunal de Justiça foi tomada em 2002. Na altura, o instituto do abuso do direito ainda se confundia (só) com a proibição de *venire contra factum proprium*, desenvolvida nos manuais (então) clássicos de Teoria Geral de Direito Civil, como os da autoria de MANUEL DE ANDRADE, CARLOS MOTA PINTO e JOÃO BAPTISTA MACHADO. Ainda hoje, livros especializados sobre a matéria continuam a abarcar o problema da inalegabilidade de nulidades formais na categoria de “*venire contra factum proprium*”, não distinguindo as modalidades de abuso do direito;
- 4) Quer o Tribunal da Relação de Coimbra, quer o Supremo Tribunal de Justiça, consideram que o artigo 334.º do Código Civil se refere à boa-fé em sentido

objectivo, como regra de conduta: parece-nos que ambas as decisões estão correctas. Como escreve ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*a boa-fé objectiva remete para princípios, regras, ditames ou limites por ela comunicados ou, simplesmente, para um modo de actuação dito boa fé*”, indicando, precisamente, como exemplo o artigo 334.º do Código Civil<sup>297</sup>. Este artigo, designadamente na vertente do princípio da tutela da confiança, impõe o dever de agir não frustrando as legítimas expectativas criadas na contraparte<sup>298</sup>;

- 5) O Tribunal da Relação de Coimbra considerou que o comportamento do Autor marido que vendeu a parcela de terreno e depois alegou a nulidade dessa venda por falta de forma legal, era um exercício abusivo do direito de arguir a nulidade. Exercício abusivo, esse, que implicava a impossibilidade de arguir a nulidade do contrato e, logo, a manutenção da eficácia do contrato de compra e venda;
- 6) Já o Supremo Tribunal de Justiça dividiu: quanto ao Autor marido, a alegação da nulidade do contrato de compra e venda por falta de forma legal, constituía uma actuação em abuso do direito; mas não em relação à Autora mulher, esposa do vendedor, que não interveio na venda do terreno. Como esta última não participou, não foi parte do contrato de compra e venda, não se pode censurar a sua actuação, não incumpriu nenhum dever de conduta derivado do princípio da boa-fé. Como tal, enquanto Autor marido este não poderia arguir a nulidade do contrato de compra e venda com fundamento em preterição de forma legal, já a mulher o poderia fazer;
- 7) No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça acabou, após considerar que o Autor marido actuou contrariamente aos ditames da boa-fé, por discutir as consequências práticas do abuso do direito. Acabou o douto Tribunal por invalidar o contrato de compra e venda, justificando a sua decisão pelo facto de o regime da nulidade já acautelar suficientemente os interesses das partes,

---

<sup>297</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 964.

<sup>298</sup> Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 964.

invocando, para o efeito, posição expressa por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO na sua dissertação de doutoramento;

- 8) É verdade que o ilustre Autor defendia que a solução para a alegação abusiva das nulidades formais deveria ser a da responsabilidade civil, designadamente a responsabilidade pré-contratual (*culpa in contrahendo*), não devendo a ordem jurídica reconhecer os efeitos frustrados pelo acto nulo. No entanto, a doutrina a que o Tribunal recorreu para caracterizar o caso como sendo um exemplo de *venire contra factum proprium* defendia a possibilidade de se paralisar a invocação da nulidade à parte que a originou (como já expusemos atrás, mesmo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO alterou a sua posição nas versões mais recentes do seu “*Tratado de Direito Civil*”);
- 9) A decisão do Supremo Tribunal de Justiça acabou por se revelar contraditória com os seus fundamentos. Efectivamente, como referimos nos pontos anteriores, o douto Tribunal considerou que o artigo 334.º do Código Civil impõe deveres de conduta, sendo uma manifestação da boa-fé em sentido objectivo. Ora, se a teoria do abuso do direito impõe deveres de conduta, se é uma manifestação da boa-fé em sentido objectivo, dispensa um juízo de culpa do agente. Assim sendo, como é possível compatibilizar com o regime da responsabilidade civil que, no Direito Português, por via do artigo 483.º implica um juízo de censurabilidade relativamente à conduta do agente?
- 10) Além disso, o Supremo Tribunal de Justiça acaba por classificar a conduta do Autor como abusiva, mas daí não retira qualquer consequência. Ou seja, para aquele Tribunal, o Autor marido que vendeu a parcela de terreno verbalmente, inobservando a forma legalmente exigida para a celebração deste contrato de compra e venda, actuou em abuso do seu direito – no entanto, obtém o efeito jurídico que pretendia, que era a declaração de nulidade do contrato. Esta solução é, por isso, inadmissível e contrária aos vectores materiais do Direito Civil Português e a progressiva desformalização deste Direito;
- 11) Da leitura do Acórdão, presume-se que os doutos juízes quiseram não desproteger a mulher do vendedor, que, devido à conduta do seu marido, ficaria

impossibilitada de arguir a nulidade do contrato de compra e venda. No entanto, não é correcta a afirmação de que o marido actuou em abuso do direito, mas a mulher não. É verdade que, do ponto de vista ontológico, a Autora mulher não interveio no contrato; mas já não é assim juridicamente. *Parte e sujeito jurídico* não são a mesma realidade e o nosso Código Civil não estrutura o negócio jurídico em torno das pessoas, mas sim das declarações negociais: “*O Código Civil contém uma regulamentação geral do negócio jurídico, abrangendo assim as duas modalidades: negócios jurídicos unilaterais e contratos (negócios jurídicos bilaterais). O critério classificativo é o do número e modo de articulação das declarações integradoras do negócio*”<sup>299</sup>. A parte contratual define-se, então, pela homogeneidade de interesses exteriorizados por uma declaração negocial. Uma parte pode, por isso, ser constituída por mais de uma pessoa. No caso, entre o Autor marido e a Autora mulher há uma homogeneidade (ainda que indirecta ou mediata) de interesses, pelo que as vicissitudes das posições jurídicas contratuais, sobretudo face a terceiros, são sofridas por ambos;

12) Ao cindir a análise do abuso do direito no que respeita ao Autor marido (vendedor) e sua mulher, negando a arguição da nulidade ao primeiro por exercício abusivo do direito de arguição, mas não à segunda, isto significaria que a teoria do exercício abusivo do direito poderia ser facilmente ultrapassada pelo vendedor, bastando invocar a não participação do respectivo cônjuge (ou outro interessado quando a lei substantiva o permitisse) na celebração do contrato e o regime patrimonial do casamento. Estaríamos aqui perante uma situação equivalente à *fraude à lei*;

13) Especificamente, quanto à tutela do cônjuge do vendedor, no caso de alienação de bens imóveis, dispõe o artigo 1682.º-A, n.º1: “*carece do consentimento de ambos os cônjuges, salvo se entre eles vigorar o regime de separação de bens: a) a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre imóveis próprios ou comuns*”. No caso de o outro cônjuge não consentir na alienação, o acto alienativo é anulável a requerimento

---

<sup>299</sup> CARLOS MOTA PINTO (actualizado por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 385.

do cônjuge que não deu o consentimento ou dos seus herdeiros, ressalvado que a anulação seja requerida nos seis meses subsequentes à data em que o requerente teve conhecimento do acto, mas nunca depois de decorridos três anos sobre a sua celebração (artigo 1687.º, n.º 1 e 2 do Código Civil). Ou seja, no caso em concreto, a mulher do vendedor já não poderia requerer a anulação do contrato, pelo facto de não consentir no contrato de compra e venda;

- 14) Parece-nos, pois, que o Supremo Tribunal de Justiça quis fazer entrar pela “janela” o que já não podia fazer entrar “pela porta”, isto é, assegurar a protecção do cônjuge pela declaração de nulidade do contrato, independentemente do juízo de censurabilidade do comportamento do comprador que o Tribunal fez. É uma decisão com a qual não podemos concordar. O Tribunal, uma vez chegado à conclusão de que o vendedor actuou em abuso do direito, deveria ter decidido pela paralisação do direito de arguir a nulidade do contrato por falta de forma legal, mantendo a eficácia do contrato de compra e venda. Se a mulher do vendedor queria anular o contrato, deveria ter proposto acção própria dentro do limite temporal que a lei fixa peremptoriamente – três anos desde a celebração do contrato. Neste caso, a questão da falta de forma seria irrelevante, pelo que a relação de confiança já não se colocaria, porque a confiança criada liga-se à celebração do contrato não observando a forma legal e não à falta de consentimento do outro cônjuge.

Concluímos, pois, pela possibilidade de aplicar a teoria da inalegabilidade de nulidade formal também no caso de celebração de contratos de compra e venda que não observaram a forma legal. Resta-nos, posto isto, avaliar se as considerações acima apresentadas também serão aplicáveis às situações de aquisição tabular, ou seja, em que um terceiro adquirente que não é proprietário segundo o regime substantivo, o passa a ser por via do direito registal.

Deixamos, no entanto, essa análise para momento posterior, passando, de seguida, para o estudo do contrato de troca ou escambo e a admissibilidade da aplicação da teoria da inalegabilidade de nulidade formal a este contrato. Isto porque as considerações que faremos sobre a possibilidade de o direito de arguir a nulidade do contrato por falta de

forma por apelo ao artigo 334.º do Código Civil também serão extensíveis ao contrato de troca.

#### **b) Contrato de troca (permuta ou escambo)**

O contrato de permuta não se encontra regulado expressamente no Código Civil, sendo, por isso, um contrato legalmente atípico. Segundo LUÍS MENEZES LEITÃO, “a troca ou permuta consiste no contrato que tem por objecto a transferência recíproca da propriedade de coisas ou outros direitos entre os contraentes”<sup>300</sup>.

Mesmo não fazendo o Código Civil de 1966<sup>301</sup> referência ao contrato de troca ou escambo, é o próprio Código que determina o regime aplicável no seu artigo 939.º: “*As normas da compra e venda são aplicáveis aos outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais respectivas*”.

Assim sendo, é de aplicar a regra do artigo 875.º do Código Civil que impõe a celebração do contrato de compra e venda de bem imóvel por escritura pública ou documento particular autenticado. Assim, a permuta de bens imóveis também terá de ser celebrada com aquela forma legal.

Por outro lado, o contrato de troca também gera o efeito obrigacional de entrega da coisa (no caso, naturalmente, de contrato de permuta de coisas) e o efeito real (isto é, a transmissão do direito de propriedade ou outro direito real).

Será de aplicar, então, a doutrina da proibição de invocação de nulidades decorrentes da preterição de regras formais por abuso do direito (artigo 334.º do Código Civil)? A jurisprudência portuguesa tem respondido que sim.

---

<sup>300</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 169.

<sup>301</sup> Ao contrário do que acontece no Código Comercial, no seu artigo 480.º, que continua a referir-se ao contrato de troca ou escambo, dispondo o seguinte: “*O escambo ou troca será mercantil nos mesmos casos em que o é a compra e venda, e regular-se-á pelas mesmas regras estabelecidas para esta, em tudo quanto forem aplicáveis às circunstâncias ou condições daquele contrato*”.



Decidiu o Tribunal da Relação de Guimarães no seu Acórdão de 26-05-2004, Processo n.º 902/04-2 (VIEIRA DA CUNHA) que, em acção de reivindicação, prevista no artigo 1311.º do Código Civil, se ao autor incumbe provar a respectiva propriedade sobre o bem, mormente por via da aquisição originária do mesmo, ao réu incumbe demonstrar a legitimidade da detenção. Decidiu o douto Tribunal que esta legitimidade da detenção, por parte do réu, decorre da demonstração de que este tem sobre a coisa outro qualquer direito real que justifique a sua posse, ou então que vem detendo a coisa por força de direito pessoal bastante. Tendo presente que no contrato de permuta não há preço, residindo aqui a principal diferença relativamente à compra e venda, verifica-se, no entanto, por igual o efeito essencial de transmissão da propriedade da coisa transaccionada, estabelecido no artigo 879.º, al. a) do Código Civil.

Os Réus invocaram na acção, como título de detenção legítimo, o contrato que celebraram com os Autores, pelo qual se operou uma transferência da propriedade da parcela ora reivindicada, a favor dos Réus, todavia entendeu o douto Tribunal que se a permuta tem como consequência a transferência da propriedade, assim não será com a permuta nula – a nulidade integra uma ineficácia em sentido amplo, no sentido de não produção dos efeitos do negócio, mercê da presença, no dito negócio, de vícios ou desconformidades com a ordem jurídica.

Pode ler-se na decisão citada que *“a falta da forma legalmente prescrita se encontra na base da nulidade do negócio (quando outra não seja a sanção prevista na lei) – artº 220º C.Civ. – nulidade que é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal – artº 286º C.Civ. (...) O Código Civil de 66 introduziu no ordenamento civilístico português a figura do abuso de direito, no artº 334º, com a seguinte redacção: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. Todo o pensamento jurídico é sistemático. O exercício de toda e qualquer posição subjectiva deve ser enquadrada dentro da ideia mais global do justo, imposta pela boa fé, pelos bons costumes ou pelos critérios de finalidade do direito exercido”.*

Entendeu o douto Tribunal que no caso em apreço estavam em causa conceitos indeterminados e que os mesmos constituem uma inevitável “*válvula de escape*” do sistema, por constituírem o modo privilegiado de atribuir ao aplicador e intérprete – *maxime* ao juiz – os instrumentos capazes de promover, no caso concreto, uma busca mais apurada da justiça, bem como em termos positivos, que o conteúdo material da boa-fé coincide com o princípio da confiança, o qual por sua vez, tende para a preservação da posição do confiante.

Pode ler-se na decisão ora em análise que “*no conteúdo material da boa fé surge, como segundo princípio, o da materialidade da regulação jurídica, historicamente detectável na luta contra o formalismo (Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, §§ 49º e 50º). De outra forma equivalente se expressou Baptista Machado (Revista Decana, 117º/232): “o princípio da confiança é um princípio ético-jurídico fundamentalíssimo e a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem. Assim tem de ser, pois poder confiar é uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens. Mais ainda: esse poder confiar é logo condição básica da própria possibilidade da comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso, e à cooperação (logo, da paz jurídica). Note-se que, independentemente do preceito ético, pensado como regra geral de conduta, a não correspondência sistemática à confiança inspirada tornaria insegura, ou paralisaria mesmo, a interação humana.”*

Ora, no caso dos autos os réus lograram a prova de um negócio jurídico de permuta de parcelas de terreno, constatando-se porém a nulidade do negócio.

Todavia, nas palavras do douto Tribunal, para além da nulidade derivada da preterição da forma legalmente exigida, constata-se, igualmente que:

- a dita inobservância de forma ocorreu tendo por base a **especial confiança**<sup>302</sup> que existia entre Autores e Réus, fruto de relações familiares e de amizade;
- aos Autores foi cedida pelos Réus uma faixa de terreno.

---

<sup>302</sup> Sublinhado nosso.

Neste quadro, decidiu o douto Tribunal que consentir que opere uma nulidade formal, a favor da parte que vem beneficiando da prestação da contraparte (prestação esta, por sua vez, também nula), permitiria a violação da confiança, na modalidade de venire contra factum proprium, por referência aos pressupostos da protecção da confiança avançados pelo Ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES COREDEIRO:

*“1º - uma situação de confiança, traduzida na boa fé própria da pessoa que acredita numa conduta alheia (no factum proprium);*

*2º - uma justificação para essa confiança, ou seja, que essa confiança na estabilidade do factum proprium seja plausível e, portanto, sem desacerto dos deveres de indagação razoáveis;*

*3º - um investimento de confiança, traduzido no facto de ter havido, por parte do confiante, o desenvolvimento de uma actividade na base do factum proprium, de tal modo que a destruição dessa actividade, pelo venire, e o regresso à situação anterior se traduzam numa injustiça clara;*

*4º - uma imputação da confiança à pessoa atingida pela protecção dada ao confiante, ou seja, que essa confiança, no factum proprium, lhe seja de algum modo reconduzível”<sup>303</sup>.*

No caso ora em apreço as respostas à matéria de facto demonstram a existência de um acordo de cedência de terrenos, celebrado por forma meramente verbal, encontrando-se objectivamente perante uma especial situação de confiança, valorizada pelo quadro de amizade familiar. Entendeu o Tribunal da Relação de Guimarães que a plausibilidade do *factum proprium* foi completa – os Autores ocuparam a faixa de terreno que lhes foi cedida e construíram um muro divisório pelo lado Nascente do respectivo prédio, por forma a deixarem de fora a parcela que, em troca, tinham cedido aos Réus.

---

<sup>303</sup> Conforme se pode ler na decisão do Tribunal da Relação de Guimarães no seu Acórdão de 26-05-2004, Processo n.º 902/04-2 (VIEIRA DA CUNHA).

Ao longo de um período de cerca de onze anos (entre 1990 e 2001), desenvolveu-se, entre as partes, o investimento de confiança, que consistiu na utilização dos tractos de terreno reciprocamente cedidos para as utilidades a que a cedência se propunha (que no caso dos Réus englobava a passagem mais facilitada de automóveis).

Por fim, no que toca aos requisitos para a verificação da tutela da confiança, entendeu o douto Tribunal que igualmente se demonstraram nos autos positivamente a imputação aos Autores da confiança na estabilidade do *factum proprium*, com relação a uma cedência recíproca incondicionada e de um verdadeiro direito de propriedade. Não se tendo demonstrado que os Autores, ao longo do tempo, tenham manifestado oposição a esta situação de facto pois *“tal oposição é por força incongruente com a utilização que passaram a fazer, em seu proveito, da parcela a seu favor cedida pelos RR”*.

Como se pode ler na decisão do Tribunal da Relação de Guimarães ora em análise *“a invocação de uma nulidade formal, no caso, e independentemente de culpa, quer de um, quer de ambos os contraentes<sup>304</sup>, não leva em conta a boa fé e atenta contra a confiança. Como escreve Menezes Cordeiro (op. cit., §29/nº72), com fundamento na doutrina alemã, a inalegabilidade de vícios formais surge justificada apenas quando a destruição do negócio tenha, para a parte contra quem é actuada, efeitos “não apenas duros, mas insuportáveis”. “Requer-se que a parte protegida tenha procedido a um investimento de confiança, fazendo assentar na ocorrência nula uma actividade importante, que a situação seja imputável à contraparte, embora não necessariamente a título de culpa, e que o escopo da forma preterida não tenha sido defraudado; pela negativa, exige-se ainda que nenhuma disposição ou princípio legal excluam, em concreto, a inalegabilidade e que não haja outra solução para o caso: a inalegabilidade das nulidades formais teria, pois, natureza subsidiária”. Os AA. agem em abuso de direito. A lei não prevê expressamente as consequências jurídicas do abuso de direito. Desta forma, tem-se entendido que “os seus efeitos serão correspondentes à forma de actuação do titular” (ut Varela, Das Obrigações em Geral, I/538) e que “a sanção do acto abusivo é variável e deve ser determinada caso por caso” (Cunha de Sá, Abuso de Direito, pg.647).*

---

<sup>304</sup> Sublinhado nosso.

Citando o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/5/00, Bol.497/343, decidiu o Tribunal da Relação de Guimarães que será de fazer apelo às regras gerais e mesmo à equidade; nestes termos, a sanção poderá variar entre a indemnização do dano causado (reparação em dinheiro ou reconstituição natural, no todo ou em parte, da situação anterior), a nulidade do negócio jurídico, a validade de acto formalmente nulo ou a ineficácia de certa conduta. Considerando que “*no contexto do negócio dos autos, a reivindicação de propriedade proposta pelos AA. é inoponível aos RR., é ineficaz, em face deles RR. Como assim, é de considerar operante, no contexto dos autos, a vinculação obrigacional dos AA., proveniente de um contrato de troca ou escambo formalmente nulo*”, decidiu o douto Tribunal da Relação de Guimarães que “*em face das consequências jurídicas do negócio, entre elas a transmissão do direito de propriedade da coisa objecto do contrato, por parte dos AA., a favor dos RR., com o conteúdo a que se reporta o disposto no artº 1305º C.Civ., encontra-se legitimada a detenção, pelos RR., da parcela de terreno reivindicada na acção, motivo pelo qual se entende que a acção deveria ter sido julgada improcedente*”.

Da análise deste Acórdão, podemos extrair as seguintes conclusões, com relevância para a nossa investigação:

- 1) O Tribunal da Relação de Guimarães aplicou o regime do contrato de compra e venda ao contrato de permuta, ressalvando, no entanto, as diferenças dos dois tipos contratuais que podem justificar desvios na aplicação desse regime, nomeadamente a inexistência de preço no contrato de troca ou escambo;
- 2) A regra do artigo 875.º do Código Civil é aplicável ao contrato de troca ou escambo, sendo, por isso, imperativo que este contrato quando recaia sobre bens imóveis seja celebrado por escritura pública ou documento particular autenticado;
- 3) O contrato de troca ou escambo teve como objecto a transmissão recíproca do direito de propriedade sobre duas parcelas de terrenos, sendo, por isso, este contrato o título aquisitivo da propriedade dos terrenos reciprocamente cedidos;

- 4) O Tribunal da Relação concede que o facto de o Autor se ter oposto à ocupação do terreno pelos Réus ao longo dos dois anos de execução do contrato poderia ser um indício de que o Autor não se conformou com a execução do contrato, pelo que poderia invocar a nulidade decorrente da preterição da formal legal; não criara, pois, a confiança na outra parte quanto à manutenção dos efeitos do contrato;
- 5) No entanto, o mesmo Tribunal acaba por concluir que a verdade é que o Autor continuou, apesar da oposição à ocupação da parcela do terreno que cedera ao Réu, a utilizar em seu proveito a parcela do terreno que o Réu lhe tinha cedido e que tinha sido adquirido precisamente pelo contrato que o Autor invoca ser nulo por falta de forma;
- 6) Assim sendo, o Autor actuou com abuso do seu direito, sendo a arguição da nulidade um caso de “*venire contra factum proprium*”, classificação que não podemos acompanhar: trata-se, sim, de um caso de inalegabilidade de nulidade formal;
- 7) A consequência do abuso do direito é a paralisação da arguição da nulidade do contrato, mantendo-se os efeitos da relação contratual, nomeadamente o efeito translativo do direito de propriedade – conclusão que merece a nossa concordância;
- 8) Implicitamente, o Tribunal da Relação de Guimarães acaba por aplicar a tese da “*convalidação atípica*” do contrato, pois considera que o contrato se considera válido desde o momento da sua celebração e, consequentemente, decidir negativamente em relação à acção de reivindicação da parcela transferida proposta pelo Autor. Desde o momento da celebração do contrato, os contraentes são proprietários das parcelas respectivas, reciprocamente transferidas.

O Tribunal da Relação de Guimarães decidiu recentemente uma questão idêntica no seu Acórdão de 5-02-2015, Processo n.º 344/09.6TCGMR.G1 (EVA ALMEIDA), o qual se pode resumir ao seguinte:

Por escritura pública celebrada no dia 15.04.2002, no Primeiro Cartório Notarial de Guimarães, os Réus adquiriram a J.. e mulher E.. parte de um prédio rústico, denominado Bouça e Campo do Soutinho, sito no lugar do Barreiro, da freguesia de Ronfe, com a área de 1.700 m2, a confrontar do sul com os Autores, do nascente com D., e do poente com estrada municipal e A..

Os Réus solicitaram a A.. e aos Autores a cedência de alguns metros quadrados de terreno dos prédios de cada um deles, nas partes que confrontavam com o caminho atrás descrito, possibilitando o seu alargamento para a largura que actualmente apresenta. O que tanto o referido A., como os Autores acederam e autorizaram.

Na mesma ocasião, tendo em vista o acerto de extremas, os Réus solicitaram aos Autores a cedência da parcela de terreno por troca de uma outra, pertença daqueles, obrigando-se a procederem à construção do novo muro delimitador dos prédios de ambos. Alcançado este acordo, de imediato, foram iniciados trabalhos de demolição do muro existente e construção do novo muro na nova localização definida.

Quando os Réus já haviam procedido à colocação de duas ou três faixas de blocos do referido muro, em virtude de uma divergência quanto à propriedade do mesmo, estes abandonaram a construção do muro, tendo os Autores terminado a sua construção. Os Réus nunca colocaram em causa este acordo e a construção do muro, até à dedução de reconvenção, em sede da qual os Réus peticionaram a restituição da faixa de terreno com a largura de 1,70m na extremidade norte e 2,30 na sua extremidade sul, alegando que lhes pertence.

Entendeu o douto Tribunal que *“como resulta da factualidade acabada de transcrever foram os réus, aqui recorrentes que propuseram aos autores a troca desta faixa de terreno do respectivo prédio, por uma outra do prédio dos autores, com vista ao acerto de extremas. O acordo foi alcançado, obrigando-se os réus a construírem o muro divisório, que iniciaram, levantando três fiadas, no local acordado, muro que acabou por ser concluído pelos autores.*

*Não houve qualquer apropriação ilícita por parte dos autores reconvidos desta área de terreno. (...) Acresce que, como se decidiu na sentença recorrida, a subsidiária invocação da nulidade deste acordo constitui abuso de direito”.*

Recorrendo ao estabelecido no artigo 334º do Código Civil, o qual dispõe que *"é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito"*, e recorrendo ao abuso de direito na modalidade de *"venire contra factum proprium"*, o qual foi descrito pelo douto Tribunal como consistindo no *"exercício de contrariar uma conduta antes assumida pelo titular do direito"*, o Tribunal da Relação de Guimarães neste seu Acórdão de 5-02-2015 entendeu que a anterior conduta dos reconvintes/recorrentes, objectivamente considerada, era de molde a despertar nos recorridos a convicção de que eles também no futuro se comportariam, coerentemente, de determinada maneira e criou nos reconvindos/recorridos uma situação de confiança com base na qual tomaram disposições ou organizaram planos (nomeadamente a conclusão do muro), que, gorados, lhes causarão danos.

No referido Acórdão em apreço o Tribunal da Relação de Guimarães recorre também aos pressupostos avançados pelo Ilustre Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, para que se verifiquem os efeitos jurídicos próprios do instituto do abuso do direito, designadamente:

*"1. Uma situação objectiva de confiança; uma conduta de alguém que de facto possa ser entendida como uma tomada de posição vinculante em relação a dada situação futura.*

*2. Investimento na confiança: o conflito de interesses e a necessidade de tutela jurídica surgem quando uma contraparte, com base na situação de confiança criada, toma disposições ou organiza planos de vida de que lhe surgirão danos, se a confiança legítima vier a ser frustrada.*

*3. Boa-fé da contra-parte que confiou: a confiança do terceiro ou da contraparte só merecerá protecção jurídica quando de boa fé tenha agido com cuidado e precauções usuais no tráfico jurídico" - obra citada, páginas 415 a 418.*  
*O que no caso resulta evidente dos factos provados".*



Nos referidos autos pode ler-se que contra-argumentaram os recorrentes que “o eventual abuso do direito não justifica que se considere válido e eficaz um contrato de compra e venda de um bem imobiliário não formalizado por escritura pública” e que “efectivamente, a entender-se que esta “permuta” para acertamento de extremas teria de ser formalizada por escritura pública, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que o abuso de direito não poderá obstar à declaração da nulidade, que aliás é de conhecimento oficioso, sendo apenas fundamento da obrigação de indemnizar. Neste sentido os Acs. do STJ de 11 de Julho de 1999, BMJ n.º 409, págs. 735 a 742 e de 17.01.2002, proc. 01B3778, in dgsi.pt (referido pelos recorrentes) bem como os autores neles citados. Contudo, também se tem entendido que “Os efeitos da invalidade por vício de forma podem, apesar disso, ser excluídos pelo abuso de direito, mas sempre em casos excepcionais ou de limite, a ponderar casuisticamente, em que as circunstâncias apontem para uma clamorosa ofensa do princípio da boa-fé e do sentimento geralmente perfilhado pela comunidade, situação em que o abuso de direito servirá de válvula de escape, tornando válido o acto formalmente nulo, como sanção do acto abusivo.» - cfr. Ac. do STJ de 28.2.2012, proc. 349/06.8TBOAZ.P1.S1, relatado pelo Excelentíssimo Juiz Conselheiro Alves Velho (sublinhado nosso).

No mesmo sentido citou o douto Tribunal da Relação de Guimarães o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.10.2013, Processo n.º 1673/07.9TJVN.F.P1.S1, relatado pela Excelentíssima Juiz Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza no qual se pode ler o seguinte:

«Por último, torna-se necessário determinar, no caso, se a declaração de nulidade por vício de forma pode ser paralisada por ser abusivo o exercício do direito de a invocar. Ora, do ponto de vista de terceiros interessados, protegidos pela publicidade que implica a exigência de documento autêntico, crê-se que a mesma está garantida pela visibilidade da divisão material que existe, entre o prédio dos autores e o caminho alargado. E, agora do ponto de vista das partes, nenhum indício se encontra que revele qualquer prejuízo para a devida ponderação dos efeitos do negócio efectuado. Finalmente, recorde-se que a cedência foi alegada pelos próprios autores na petição inicial, nenhuma dúvida se colocando quanto à prova do acordo subjacente.

Conclui-se assim que o acórdão recorrido não merece qualquer censura, e que a nulidade foi abusivamente invocada pelos autores.

A terminar, observa-se que se trata de um caso em que as circunstâncias concretas do exercício do direito de invocar a invalidade formal de um negócio jurídico podem

*excepcionalmente conduzir a paralisar desse exercício, por abuso de direito – de um dos “casos excepcionais ou de limite, a ponderar casuisticamente”, a que se referem o acórdão de 28 de Fevereiro de 2012, www.dgsi.pt, proc. N° 349/06.8TBOAZ.P1.S1».*

*Concluiu o Tribunal da Relação de Guimarães dizendo que “é exactamente este o nosso entendimento relativamente à situação aqui em apreço e que assim coincide com o decidido pela 1ª instância”.*

Pois bem, neste caso, em nossa opinião o Tribunal da Relação de Guimarães aprecia a questão do abuso do direito por razões mais teóricas ou hipotéticas, uma vez que o Tribunal entendeu que a construção de extremas de delimitação de terrenos não está sujeita a forma. No entanto, mais uma vez o douto Tribunal pronunciou-se pela paralisação do direito de arguir a nulidade do contrato por inobservância da forma legal, salientando dois aspectos importantes:

- 1) O abuso do direito tem natureza objectiva representando uma sanção contra o comportamento abusivo de uma partes contratuais, que frustra a confiança juridicamente tutelada da outra parte – isto é, para o Tribunal da Relação de Guimarães, o abuso do direito tem natureza de punição civil, pelo que demonstrada a actuação abusiva, ocorre a paralisação do exercício do direito;
- 2) Na opinião aqui acolhida pelo Tribunal da Relação de Guimarães, quanto à protecção de terceiros, a actuação material sobre a coisa é suficiente para assegurar a sua protecção e a segurança no tráfego jurídico, pelo que a paralisação do direito de arguir a nulidade mantém os efeitos do contrato, incluindo em relação a terceiros.

Interessante é, ainda, a argumentação do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24-03-2015, Processo n.º296/11.2TBAMR.G1.S1 (GABRIEL CATARINO)<sup>305</sup>, o qual, em sede de revista excepcional, apresenta fundamentos ligeiramente diferentes dos Acórdãos anteriores, referindo que “a única questão posta em tela de juízo para

---

<sup>305</sup> Iremos apresentar desenvolvidamente os factos e a fundamentação apresentada pelo Supremo Tribunal de Justiça neste Acórdão, porque consideramos que se trata de uma das decisões mais consistentes e dogmaticamente sustentadas da jurisprudência nacional sobre o tema das inalegabilidades de nulidades formais e que nos permite ver de que modo a doutrina foi recebida pelos nossos Tribunais sobre a matéria que estudamos.

*apreciação no recurso, prende-se com saber se não pode ser considerada a figura do abuso de direito no caso da nulidade derivar de falta de forma legal”.*

No Acórdão referido pode ler-se que se tem *por adquirida a seguinte factualidade:*

*1- “No lugar de ... ou Monte ..., freguesia de ..., concelho de ..., existe um prédio rústico que confronta do Norte com os demandantes, do Sul e Poente com caminho público, e do Nascente com DD, inscrito na matriz sob o artigo ..., e descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o número ....*

*2 - Teor da escritura pública de compra e venda junta aos autos como documento n.º 3, cujo teor se dá como integralmente reproduzido para todos os efeitos.*

*3 - Os autores registaram o prédio identificado em 1. em seu nome no dia 21-04-1994.*

*4 - O réu ocupa e usufrui parte do prédio identificado em 1.*

*5 - Desde o momento em que tomou posse do terreno identificado em 4, o réu procedeu à sua limpeza do mato e plantas que aí crescem, ao corte de árvores aí existentes, à regularização do pavimento com o recurso a máquinas retroescavadoras, à colocação de gravilha no pavimento, ao estacionamento de viatura, à construção de um murete na parte em que este terreno confina com a via pública, à construção da vedação junto da via pública, à colocação de um portão para acesso ao mesmo, à colocação no muro de contadores da água e da luz, à ampliação de um anexo já aí existente, e ao armazenamento dos materiais que necessita para o exercício da sua actividade de construtor civil.*

*6 - O réu ocupa o prédio referido em 4. desde Janeiro de 2007.*

*7 - Há mais de 40 anos que os autores, por si e seus antecessores, plantam árvores, cortam a lenha, plantam e colhem alface, plantam e colhem cebolas, plantam e colhem tomates, plantam e colhem cenouras, plantam e colhem feijão, cortam e aproveitam a erva, as silvas e o mato que nasce espontaneamente no prédio identificado em 1., com excepção da parte ocupada pelo réu desde Janeiro de 2007.*

*8 - ... de forma ininterrupta, à vista de toda a gente, sem a oposição de ninguém, e na convicção de que são os únicos proprietários do prédio identificado em 1. com excepção da parte da parcela ocupada pelo réu desde Janeiro de 2007.*

*9 - Em 2010 o réu foi interpelado pelos autores para restituir a parte do prédio que ocupa, o que aquele não fez.*

*10 - No ano de 2006, autores e réu acordaram em redefinir a configuração dos prédios de que eram e são proprietários e que confinavam entre si.*

*11 - Nos termos desse acordo, autores e réu acordaram em permutar parte do terreno que constituía esses seus prédios primitivos.*

*12 - Na sequência desse acordo, os autores receberam do primitivo prédio do réu uma parcela de terreno com a área de cerca de 1209,50 m<sup>2</sup>, e o réu recebeu do prédio identificado em 1. a área de cerca de 862,50m<sup>2</sup>.*

*13 - Na sequência desse acordo, autores e réu concordaram igualmente em delimitar os seus prédios, por força da permuta de terrenos supra identificada, com marcos e com uma vedação constituída por rede de arame ou malha-sol.*

*14 - O trato de terreno a que se alude em 4. tem a área de 862,50m<sup>2</sup>.*

*15 - O acordo de permuta supra referido foi vertido num documento e assinado pelo punho dos autores e do réu.*

*16 - Após a celebração desse acordo, os autores estiveram presentes e participaram na colocação dos marcos divisórios e aceitaram a vedação colocada pelo réu.*

*17 - Desde Janeiro de 2007 que o réu, por si e seus antecessores, de forma ininterrupta, à vista de toda a gente, sem a oposição de ninguém, exerce a sua posse sobre a parcela de terreno identificada em 4. e que antes do dito acordo integrava o prédio identificado em 1, na convicção de que é o proprietário desse terreno”.*

Refere o douto Supremo Tribunal de Justiça que a questão que justificou a admissão da revista excepcional prende-se com a divergência constatada na jurisprudência quanto a uma questão fundamental de direito, a de saber se o exercício abusivo de um direito, consubstanciado na invocabilidade, ou alegabilidade, de um vício de forma – omissão de uma formalidade que a lei prescreve para a realização de um contrato de permuta (escritura pública) – pode paralisar a nulidade do contrato – tese defendida no acórdão recorrido – ou, ao invés – como se defendeu no acórdão exibido como contraditório – o abuso de direito não possui a virtualidade de paralisar a nulidade de um negócio a que haja falhado uma formalidade legal (escritura pública).

Conforme se pode ler no Acórdão referido, para o Tribunal da Relação, os Autores não poderiam aproveitar, ou prevalecer-se, do vício formal (redução do negócio a escritura pública) no negócio de permuta para obterem a nulidade do negócio e, consequentemente, retirar dessa nulidade benefícios que se traduziriam na devolução da parcela à sua esfera de “dominialidade”. O Tribunal da Relação justificou a posição assumida afirmando que é hoje já praticamente pacífica a possibilidade de se afastarem

os efeitos decorrentes da nulidade por vício de forma através do instituto do abuso de direito, apontando uma extensa lista de acórdãos dos vários Tribunais superiores citados na sentença recorrida, por contraponto a apenas um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça já do ano de 2002, o qual foi citado pelos apelantes. Citando VAZ SERRA, o douto Tribunal da Relação refere na sua decisão que *“se a nulidade por falta de forma legal é de interesse e ordem pública, também o é a ilegitimidade do exercício do direito por abuso deste. Não parece, pois, que a nulidade formal de um negócio jurídico deva ter sempre prioridade sobre a ilegitimidade do exercício do direito em consequência de abuso”*.

O Tribunal da Relação entendeu ainda que *“o Código Civil vigente consagrou a concepção objectivista do abuso de direito, não se exige, por parte do titular do direito, a consciência de que, ao exercer o direito, está a exceder os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito, bastando que, objectivamente, esses limites tenham sido excedidos de forma manifesta e grave”*<sup>306</sup> – cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12/10/2010”. O douto Tribunal da Relação citou ainda na sua decisão alguma jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, de que são exemplos os acórdãos de 01/03/2007, de 15/05/2007 e de 08/06/2010, insertos na base de dados da ‘dgsi’, aproveitando para fazer uma referência aos pressupostos do *venire contra factum proprium*. Concluindo que é precisamente o que acontece nos autos ora em apreço, na medida em que a atitude dos Autores, estando presentes e participando na colocação de marcos divisórios, aceitando a vedação colocada pelo Réu e todas as obras que o mesmo foi levando a cabo no terreno em questão, que tudo foi praticado à vista dos Autores, cuja casa de morada é contígua a este terreno, sem a oposição dos mesmos, certamente que convenceu o Réu que agora era o proprietário da parcela em questão e que nunca os Autores iriam reivindicar o seu direito de propriedade sobre a mesma, baseando-se no facto de a permuta ser nula por vício de forma. Ou seja, no entender do Tribunal da Relação os Autores criaram no Réu a confiança de que não invocariam a nulidade do contrato por vício de forma, resultando dos factos provados que os Autores tiveram um comportamento perante o Réu que criou uma situação de confiança, traduzida na boa-fé própria deste que acreditou na conduta daqueles.

---

<sup>306</sup> Sublinhado nosso.

Entendeu também o Tribunal da Relação, conforme se pode ler na decisão ora em apreço do Supremo Tribunal de Justiça, que é razoável admitir que ao actuar como actuaram, os Autores criaram no Réu a legítima convicção e a confiança de que jamais iriam invocar a nulidade do contrato por falta de forma, para se eximir ao cumprimento da sua parte no contrato e, até, reivindicar a devolução da parte já entregue. Além disso, o mesmo Tribunal decidiu que, invocar agora a nulidade do contrato de permuta por falta de forma legal, é um evidente abuso do direito traduzido num *venire contra factum proprium* e numa injustiça clara que este instituto pretende prevenir. Salientou ainda aquele Tribunal a este propósito que a boa-fé do Réu resulta do facto de ter acreditado que a actuação dos autores nunca conduziria ao pedido agora formulado, tendo confiado na estabilidade da actuação daqueles, confiança essa que é plausível e razoável como já se deixou salientado.

Sendo assim, decidiu o douto Tribunal da Relação que, “porque *as consequências do abuso do direito reflectem-se na paralisação do direito, terá a pretensão dos autores de improceder, improcedendo as conclusões da sua alegação quanto a esta questão*”.

Por seu turno, como se pode ler no Acórdão ora em apreço (do Supremo Tribunal de Justiça de 24-03-2015, Processo n.º296/11.2TBAMR.G1.S1 (GABRIEL CATARINO), o Acórdão que foi considerado em antinomia com o Acórdão recorrido e que serviu de base à revista excepcional, estimou, numa situação em que uma parcela de um prédio tinha sido comprada sem formalidade prescrita por lei que: “*A noção de abuso de direito foi consagrada no Código de 66 (artigo 334º) segundo a concepção objectiva: para que haja lugar ao abuso de direito é necessário a existência de uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito. Esta contradição é patente no caso de venire contra factum proprium. (...) Perante o que se deixa exposto, em conjugação com a matéria fáctica fixada, não temos dúvidas em precisar que o exercício do direito de invocar a nulidade do contrato de compra e venda em causa só por parte do autor traduz-se num caso de "venire contra factum proprium", já que a Autora mulher encontra-se, e encontrou-se, sempre arredada do negócio; ela não vendeu, não recebeu o preço, não participou nas mediações para a construção do muro. Por isso, não se pode falar em abuso de direito por parte da Autora ao intentar, como intentou, a presente acção com vista à declaração de nulidade do contrato de*

*compra e venda celebrado entre o Autor marido e o Réu, sem observância da forma legal, a escritura pública conforme o estatuído no artigo 875º, do Código Civil*”. No Acórdão considerado em antinomia com o Acórdão recorrido, e conforme se pode confrontar na decisão ora em apreço do Supremo Tribunal de Justiça, a questão centrou-se em saber “*se o abuso de direito por parte do Autor/marido justifica (ou não) a validade do contrato de compra e venda em causa apesar da falta de forma legal, a escritura pública*”, acabando por concluir que o abuso de direito não justifica que se considere válido (subsistente e eficaz) um contrato de compra e venda de bem imobiliário não formalizado por escritura pública.

Tal decisão do Supremo Tribunal de Justiça considerado em antinomia com o Acórdão recorrido baseou-se resumidamente nos seguintes argumentos, os quais foram invocados pelas partes, bem como pelos tribunais a *quo*:

- A Relação decidiu que revestindo a arguição da nulidade as características de um abuso de direito, impõe-se que se reconheça a sua improcedência, mantendo-se o ajuizado contrato de compra e venda em causa.

- “*Os autores/recorrentes sustentam que o negócio celebrado entre Autor/marido e Réus não pode ser declarado válido com o fundamento no abuso de direito do mesmo autor, uma vez que para tal alienação seria sempre necessário o consentimento da Autora/mulher*”.

- O abuso de direito constitui um vício típico, essencialmente distinto da falta de direito, de tal sorte que se o exercício abusivo do direito causar algum dano a outrem haverá lugar à obrigação de indemnizar; se o vício se tiver reflectido na celebração de qualquer negócio jurídico, este será, em princípio, nulo. Por outras palavras, refere o douto Tribunal que a ilegitimidade do abuso do direito tem as consequências de todo o acto ilegítimo: pode dar lugar à obrigação de indemnizar; à nulidade nos termos gerais do artigo 294º; à legitimidade de oposição; ao alargamento de um prazo de prescrição ou de caducidade.

- Face a tais consequências na ilegitimidade de abuso do direito, surge a necessidade de saber qual a consequência adequada no caso de abuso do direito na invocação da

nulidade, questionando o douto Tribunal se a consequência será a legitimidade de oposição à declaração de nulidade? Ou, será tão só a obrigação de indemnizar? Ou dito de outro modo, o abuso de direito poderá justificar que o contrato de compra e venda verbal seja válido?

- O Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão acolheu os ensinamentos das insígnias civilistas citadas ao firmar a doutrina que o regime das nulidades que decorre dos artigos 285º e seguintes do Código Civil obsta à procedência da arguição - por inobservância da forma legal - fundada em abuso de direito.

- Refere também a decisão do Supremo Tribunal de Justiça e por referência à posição da Relação e dos recorrentes que por um lado, desaparecido o negócio, as *“partes não ficam desamparadas no que, ao seu abrigo, hajam prestado: assistem-lhes pretensões de restituição, conforme artigo 289º, do Código Civil; por outro lado, a invocação do abuso de direito não pode bloquear quer o poder de qualquer interessado invocar a nulidade do contrato por falta de escritura pública quer o poder do Tribunal de declarar oficiosamente a nulidade, cfr. artigo 286º, do Código Civil.*

*Conclui-se, assim, que o abuso de direito não justifica que se considere válido (subsistente e eficaz) um contrato de compra e venda de bem imobiliário não formalizado por escritura pública.*

*Conclusão a abranger o contrato de compra e venda em causa, de sorte a considerar-se nulo por não ter sido celebrado por escritura pública”.*

Passando de seguida o Supremo Tribunal de Justiça à apreciação em concreto da questão que lhe foi colocada, pode ler-se na sua decisão que a propósito da boa-fé e das diversas formas que pode revestir o instituto jurídico do abuso de direito, este escreveu em outro acórdão anteriormente proferido, que: *“nas relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos jurídicos rege como principio inviolável aquele de que, tanto na formação, como na execução dos contratos e das relações jurídicas relevantes para a ordem jurídica, se devem usar valores de boa-fé e de correcção. No dizer da sentença do tribunal da cassação (italiano), de 18 de Setembro de 2009 “como critérios de reciprocidade, finalizados, substancialmente, em manter uma relação jurídica num binário do equilíbrio e da proporcionalidade”. “Na aplicação prática a cláusula geral de correcção e boa-fé fornecem critérios de orientação teleológico de conduta nas*



*relações de direito privado, consignando ao intérprete a ideia de obrigação e realizando nesta perspectiva, o que se chamar-se “fecho” do sistema legislativo. Ideia e critério fundante da teoria dos contratos, a cláusula geral de boa-fé permanece ínsita em todas as áreas do direito em que os sujeitos jurídicos devam assumir obrigações e direitos de reciprocidade e de comutatividade. Os comportamentos assumidos nas relações que se estabelecem devem pautar-se por regras de ética e de empenho pessoal no cumprimento dos deveres assumidos de modo a que se torne previsível, um são e salutar desenvolvimento do relacionamento contratual estabelecido.*

*A inferência/ilação das regras de comportamento de correcção relacional só são passíveis de apreciação no que é designado “direito vivente”, no sentido de que é a neste que se verte e exprime a conduta dos agentes sociais e é deste que se induz o particular-concreto para aferição dos parâmetros gerais estabelecidos como regras orientadoras do direito.*

*Daí que o Juiz, ainda que, “não invente direito novo, mas descobre ou revela direitos e deveres através de um proceder que se pode exemplificar tendo em conta algumas premissas de método”. “Entre estas premissas, os princípios gerais (sobretudo se dotados de cobertura constitucional) desenvolvem uma função fundamental de “directiva” para o Juiz na sua actividade de correcta “concretização” da indeterminação própria do dever geral de boa-fé”.*

Decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que o corolário da cláusula geral ou princípio de boa-fé é o exercício dos respectivos direitos conforme os escopos éticos e sociais pelo qual o próprio direito vem reconhecido e concedido pelo ordenamento jurídico positivo, o uso anormal do direito pode conduzir o comportamento do particular (no caso concreto) fora da esfera do direito subjectivo, tornando-o, por conseguinte, ilícito, segundo as normas gerais do direito material. No entender deste Tribunal a esta nova luz, o abuso do direito é concebido. Longe de pressupor uma violação no sentido formal delineia, pois, uma utilização alterada do esquema formal do direito, finalizada pelo conseguimento de objectivos ulteriores e diversos aos que estavam indicados pelo legislador. Refere ainda o douto Tribunal que na estatuição do artigo 334.º do Código Civil “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”, pelo que a ordem jurídica não protege de forma indelegável e absoluta um direito subjectivo e o interesse que lhe vai adstrito, no plano de um interesse

positivo e funcionalmente tutelado. Pode ler-se na mencionada decisão que “no desenvolvimento da equação ou tensão entre existência e alcance de interesse e reconhecimento e exercício do direito subjectivo a ordem jurídica não aceita uma funcionalização geral do reconhecimento da titularidade (ou só do exercício) do direito subjectivo à existência de um interesse digno de protecção legal, objectivamente apreciado, e que tenha de justificar o exercício do direito nas circunstâncias em causa. Antes o direito subjectivo (distinto, pois, por esta nota, dos poderes-deveres ou poderes funcionais) comporta um poder não estritamente funcionalizado, ainda que não necessariamente arbitrário – o que é diverso da imposição de qualquer dever ou ónus de fundamentação teleológica, mesmo apenas em termos de “razoabilidade”.

Pode ler-se ainda que “a regra, no direito privado (e correspondentemente com o sentido do modelo jurídico-privado de ordenação e afectação de recursos, terá, aliás, de ser sempre a de que, pelo menos no domínio do direito subjectivo, a definição e interpretação dos interesses para que se exerce o direito subjectivo apenas cabe ao seu titular, podendo, até, incluir, como via para sua satisfação, o próprio não exercício ou a destruição do respectivo objecto (salvo no caso de direitos indisponíveis). E em termos tais que o “substrato teleológico” do exercício da posição apenas relevará quando, além do prejuízo causado a terceiros, for radicalmente dissonante, ou contrário, em relação ao que pode justificar o reconhecimento do direito subjectivo e a colocação ao seu serviço do aparelho sancionatório estadual – em termos, portanto, de a movimentação deste aparelho se revelar inexigível in casu.

Na acepção de Orlando de Carvalho, versado pelo Autor citado, “O abuso de direito existe quando há um exercício do direito fora do âmbito do exercício do poder de autodeterminação que é próprio fundamento do reconhecimento de direitos subjectivos, propondo, como critério para o apurar a falta de interesse no exercício do direito a apreciar em abstracto ou concreto, e a transcendência do prejuízo em relação ao agente. Esta concepção implica, pois, uma distinção em relação à boa-fé entendida enquanto norma de conduta: enquanto nesta está em causa uma regulamentação da conduta dos particulares, um problema de actuação contra legem, no abuso de direito o que é relevante não é a violação do direito objectivo, e sim a falta de interesse conjugada com a “transcendência do prejuízo”.

Analisando aprofundadamente o instituto do abuso do direito pode confrontar-se na referida decisão que o abuso de direito enquanto forma desviada e jurídico-socialmente reprovável de um direito subjectivo constitui-se como paralisador do exercício do direito na medida em que o interesse (positivo) prosseguido pelo respectivo titular se coloca numa posição de defraudação da expectativa jurídica expressa na estabilização jurídico-material. E como consequência de um eventual abuso do direito, o ordenamento põe uma regra geral, no sentido de recusar a tutela aos poderes, direitos e interesses exercitados em violação das correctas regras do exercício, posto serem comportamentos contrários à boa-fé. Nesta forma de “*mancanza di tutela*” está a finalidade de impedir que possam ser conseguidos ou conservadas vantagens – e direitos conexos – através de actos em si estruturalmente idóneos, mas exercitados de modo a alterar-lhe a função, “*violando la normativa di correttezza*”.

Na sua decisão a Supremo Tribunal de Justiça cita MANUEL DE ANDRADE, o qual, nas palavras deste douto Tribunal, qualificava a figura de abuso de direito como o exercício incorrecto e desviado do sentido que a lei e o Direito pretenderam fixar, o direito subjectivo que o respectivo titular pode exercitar sem ofensa às regras de boa-fé, confiança jurídica e relacional que queda estabelecida entre os protagonistas de um contrato ou de uma relação jurídica tutelada pela ordem jurídica. O acto de exercício ou pretensão de tutela do direito assume-se assim como contrário à consciência jurídica dominante ou prevalente numa determinada comunidade.

Cita ainda A. VARELA, referindo que “*para que haja lugar ao abuso do direito, é necessária a existência de uma contradição entre o modo ou fim com que o titular exerce o seu direito e o interesse a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito*”.

Para o Supremo Tribunal de Justiça, conforme se pode ler no Acórdão ora em apreço, ocorre abuso do direito quando alguém, detentor de um determinado direito, consagrado e tutelado pela ordem jurídica, o exercita, todavia, no caso concreto, fora do seu objectivo natural e da razão justificativa da sua existência e ostensivamente contra o sentimento jurídico dominante. Há neste exercício um desvio flagrante e ostentatório entre a dimensão do direito tutelado e compressão de um outro estado ou situação jurídica, que não estando salvaguardado pela ordem jurídica, terá obtido pela

permanência na esfera jurídica de um outro sujeito, um estágio de quase direito que a consciência jurídica, numa *assumpção* de pré-juridicidade ou juridicidade fáctica, deve tutelar, ou pelo menos, obstar que seja torpedeado pelo direito validamente constituído.

Conforme se faz referência na decisão ora em análise, o Supremo Tribunal de Justiça cita ainda um Acórdão do mesmo Tribunal de 20-11-1995 no qual se decidiu o seguinte: *“A locução venire contra factum proprium traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Tal exercício é tido por parte da doutrina que o conhece como inadmissível. Como expressão da confiança, o venire contra factum proprium situa-se já numa linha de concretização da boa-fé. É o que acontece com a recondução do "venire" à doutrina da confiança, que revela um estágio elevado nessa tarefa da concretização da boa-fé. A confiança dá um critério para a proibição de venire contra factum proprium.*

*Os princípios que, à face do Direito civil português, permitem detectar a presença de um facto gerador de confiança podem ser induzidos das regras referentes às declarações de vontade, com relevância para a normalidade – art. 236º, nº 1 – e o equilíbrio – art. 237º. Significa isto que o quantum relevante de credibilidade para integrar uma previsão de confiança, por parte do factum proprium, é, assim, função do necessário para convencer uma pessoa normal, colocada na posição do confiante e razoável, tendo em conta o esforço realizado pelo mesmo confiante na obtenção do factor a que se entrega. Assim se obtém o enquadramento objectivo da situação de confiança. Requer-se, porém ainda um elemento subjectivo: o de que o confiante adira realmente ao facto gerador de confiança.*

*É que bem pode acontecer que, não obstante a presença de elementos objectivos suficientes para justificar a protecção da confiança, o beneficiário em potência, por razões específicas, não tenha de facto confiado na situação que se lhe oferecia. Não cabe então oferecer-lhe a protecção jurídica (...).*

Após terminar a citação, o Supremo Tribunal de Justiça conclui que a expressão "*venire contra factum proprium*" significa, portanto, uma proibição jurídico-factual da *assumpção* de um comportamento contraditório, postulando dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo. Em vista desse comportamento, existe um investimento, confiança de que a conduta será a adoptada anteriormente, mas depois de

referido lapso temporal, é alterada por comportamento contrário ao inicial, quebrando dessa forma a boa-fé objectiva (confiança). Refere ainda o douto Tribunal que na escarpelização ou escrutínio recenseador dos autores evidenciam-se quatro elementos para a caracterização do venire: comportamento, geração de expectativa, investimento na expectativa gerada e comportamento contraditório.

Na decisão em apreço pode ainda ler-se, com interesse para o nosso estudo, o seguinte: *“a tutela da confiança atribui ao venire um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência. O fundamento da proibição do comportamento contraditório é, justamente, a tutela da confiança, que mantém relação íntima com a boa-fé objectiva.*

*Verifica-se que na sua estrutura, o “venire contra factum proprium” pressupõe a existência de duas condutas contrapostas da mesma pessoa, que arrancando da sua licitude intrínseca, se revelam, no arco do tempo, distintas e contraditórias. Assim a primeira (o “factum proprium”) revela-se antinómica e contraditória da segunda, a acção desencadeada para contraminar o statuo quo estabelecido, de forma a que essa relação oposicional justifica a emergência da figura proibitiva e vedante em que se constitui o princípio do abuso do direito. Este princípio arranca da necessidade da confiança enquanto valor e exigência ético-axiológica conducente a uma estabilidade sócio-pessoal e jurídica das pessoas no conspecto das relações societárias que se vão sedimentando na prática inter-relacional. Pela reiteração e aquisição de um estado fáctico-jurídico devem merecer protecção da ordem jurídica, em homenagem à manutenção e tutela de determinados comportamentos da comunidade jurídico-social. É que estando a sociedade organizada na base de relacionamentos tendencialmente estáveis, exige que cada sujeito assuma perante os demais um comportamento congruente e minimamente estável de modo a permitir um desenvolvimento harmonioso e previsível das respectivas condutas interpessoais e institucionais. A ruptura de códigos e comportamentos assumidos conduz a frustrações de perspectivas e de projectos que podem tornar-se inoportáveis no tráfego comercial e no inter-relacionamento dos sujeitos que o convalidam.*

*O abuso de direito deve ser concebido “como um comportamento que, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação dos interesses de outrem.”*

Pelo exposto refere o Supremo Tribunal de Justiça, citando J.M. COUTINHO DE ABREU, que o abuso de direito deve ser compreendido, numa tríplice vertente:

- É abusivo o comportamento emulativo, isto é, o que visa apenas prejudicar outrem;
- Sempre que de um comportamento derivem utilidades actuáveis pelo direito invocado, quando a essas utilidades se juntem (escusadas) desutilidades para outrem (já não cobertas pelo direito), há, nessa medida, abuso de direito;
- É abusivo o comportamento que se diz exercício de um direito quando – não constituindo tal exercício, mesmo em abstracto uma vantagem objectiva – se revela resultar dele, em concreto, apenas (ou sobretudo) uma desvantagem para terceiro.

Aquele Autor, nas palavras deste douto Tribunal, embora sendo de opinião que o exercício de direitos potestativos (entre os quais o direito, legal ou convencional, de resolução dos contratos) são insindicações em termos de abuso de direito, não *“descarta a hipótese de intervenção do princípio da boa-fé, designadamente da proibição do venire contra factum proprium.”*

Refere ainda o Supremo Tribunal de Justiça na sua decisão que o Código Civil de 1867, no Título II, no apartado referente aos contratos em particular, dedicava à troca ou escambo, enquanto contrato nominado, três preceitos -artigos 1592.º a 1594.º. O artigo 1592.º definia o escambo ou troca como *“o contrato por que se dá uma coisa por outra, ou uma espécie de moeda por outra espécie dela”*, acrescentando o § único que *“dando-se dinheiro por outra coisa, será de venda ou escambo, segundo o disposto nos artigos 1544.º e 1545.º”*. Já o artigo 1545.º distinguia a compra e venda e a troca nos seguintes termos: *“Se o preço da coisa consistir parte em dinheiro, e parte em outra coisa, o contrato será de venda, quando a parte em dinheiro for a maior das duas; e será de troca ou escambo, quando essa parte em dinheiro for a de menor valor.*

*§ único. Quando os valores das duas partes forem iguais, presumir-se-á que o contrato é de venda”*.

Como refere o Supremo Tribunal de Justiça na sua decisão, *“o Código Civil de 1867, no Título II, no apartado referente O Código Civil vigente não contempla, na nomenclatura dos contratos nominados, o contrato de troca ou permuta, dando-lhe, no entanto, palco noutras sedes como, por exemplo, a propósito da troca de terrenos, no*

*âmbito do emparcelamento dos prédios rústicos – cfr. artigo 1378.º do Código Civil – sendo, todavia, que noutras normações do ordenamento jurídico existem menções específicas a esta figura contratual – cfr. artigo 480.º do Código Comercial.*

*Não é assim nas normações estrangeiras, que incluem na nomenclatura referente aos contratos, normas específicas que definem e regulam a figura do contrato de troca ou escambo. Como se depreende da leitura dos preceitos infra indicados, a troca consiste, essencialmente, numa perspectiva conceptual-estrutural, em uma obrigação de dar uma coisa para, em troca, receber outra (coisa). Sem rigor conceptual, poder-se-á recortar uma definição de troca, permuta ou escambo como sendo o contrato que tem por objecto a transferência recíproca da propriedade de coisas ou direitos entre os contraentes, excluindo, no acordo formado, a intervenção de quantias monetárias.*

*Parametrizando este convénio, ou acordo de vontades, dir-se-ia que se trata de uma relação obrigacional, na medida em que injunge uma a obrigação, recíproca e concomitante, de entrega de uma coisa, adstrita a cada um dos contraentes – cfr. al. b) do art. 879.º do C.C. – e, ao mesmo tempo de feição real, dado que, através do acto da troca, cada um dos contraentes transfere para o outro a dominialidade de que cada um era detentor relativamente às coisas que são objecto do acto de troca ou permuta – cfr. artigos. 879.º, al. a) e 408.º, n.º 1 do C.C.. Adoptando cada um dos contraentes uma obrigação recíproca e como contrapartida uma da outra, estabelece-se entre os contraentes um sinalagma (genético) que perdurará na fase da concretização e cumprimento do pactuado”.*

Apesar de se tratar de um contrato não tipificado no ordenamento civilístico, refere o douto Tribunal que a obrigação constituída não pode deixar de ser considerada como onerosa, na medida em que ocorre um recíproco desapossamento do património na esfera patrimonial de cada um dos contraentes, o que, embora não se traduzindo num equivalente pecuniário ou monetário, não deixa de se reflectir no volume de bens que cada um passa a deter, o que faz com que lhe deva ser aplicado o disposto no artigo 939.º do Código Civil, quando prescreve que “as normas da compra e venda são aplicáveis aos outros contratos onerosos pelos quais se alienam bens ou se estabeleçam encargos sobre eles (...)”.

Nesta medida entendeu o douto Supremo Tribunal de Justiça que consubstanciando o contrato de permuta um negócio (oneroso) translativo da propriedade que versa sobre

coisas, classificadas de imóveis, a forma exigida para a validade do contrato é a prescrita no artigo 875.º do Código Civil, situando a questão colocada em “tela de juízo” em determinar se tendo ocorrido uma troca, que versou sobre coisas imóveis, um dos contraentes pode invocar contra quem com ele realizou a permuta, o vício de falta de forma do contrato para obter a declaração de nulidade e, deste modo obter a reversão ou retorno do bem (permutado) à sua esfera de dominialidade.

Decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, conforme podemos ler na decisão citada, que: *“em nosso juízo, a questão, pese embora a admiração e respeito que nutrimos pelo Ilustre Conselheiro subscritor do acórdão em oposição com o acórdão recorrido, deve ser resolvida de acordo com o decidido no acórdão recorrido.*

*Antes, porém, importará tecer algumas considerações sobre a forma de expressar ou manifestar uma declaração de vontade, no âmbito do negócio jurídico”.*

Assim, no que toca à forma de expressar ou manifestar uma declaração de vontade, o Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão fez referência a que alguns autores *“soem distinguir entre os meios juridicamente relevantes de alguém expressar a sua vontade – palavras, gestos ou a própria omissão de conduta – e o modo concreto que deve revestir a manifestação de vontade, para ser juridicamente atendível. A forma é o modo por que se exterioriza a vontade, ou como diz Castro Mendes, “o aspecto exterior que a declaração assume, o modo por que a vontade se revela”. Devendo a manifestação de vontade ser reproduzida por forma diversa da oralidade, pode a lei impor que ela seja reduzida a escrito, mediante formalidades que a lei prescreve, como por exemplo a redução em escritura pública das declarações que expressam a vontade de realização de um negócio jurídico”.*

*O princípio geral vigente – cfr. artigo 219.º do Código Civil – é o da consensualidade, que significará que “a validade da declaração não depende, em princípio, da observância de formalidades determinadas”, decorrendo da economia hermenêutica deste princípio que a necessidade de observar “certo tipo de forma, como condição de validade do negócio, só existe quando a lei expressamente o determine – forma legal (...)”.*



*De um modo geral, nos negócios formais, as formalidades impostas pela lei consistem na sua redução a escrito, devendo a declaração das partes constar de documento, que pode revestir diversa natureza. O próprio legislador relaciona a ideia de negócio formal com a de negócio que deve constar de documento, como se vê, de modo flagrante, do art. 238.º do C. Civ.”*

*A inobservância das formalidades ad substantiam implica ou importa um vício de forma que acarreta a nulidade do negócio jurídico – cfr. art. 220.º do Código Civil «a declaração negocial que careça de forma legalmente prescrita é nula (...)».*

*Ao abordar a questão da possibilidade de paralisação da nulidade do contrato por recurso ao princípio da boa-fé, “nomeadamente por a sua invocação envolver um venire contra factum proprium”, o Prof. Carvalho Fernandes, defende, perante a controvérsia que a questão suscita deve ser objecto de ponderação, pois que “por um lado, são, em geral, de ordem pública as razões determinantes da exigência de forma legal, o que aponta para a prevalência da nulidade do negócio. Por outro, o já assinalado cariz consensualista do sistema apontaria para um entendimento restritivo dos efeitos da exigência da forma legal, favorável à conservação do negócio jurídico e à tutela da confiança da contraparte”, para concluir que “em regra, é de dar preferência à segunda solução, mas apenas quando prevaleçam razões particularmente significativas. Fora disso, a exigência de forma legal revestindo, embora, carácter excepcional, quando imposta, tem de se entender ditada por razões superiores de interesse geral.”*

*Para o Professor Manuel de Andrade após o levantamento de duas ou três situações, remata predicando, que “pode ser que ela não justifique a improcedência da arguição de nulidade, entendendo-se que as disposições legais sobre a forma dos negócios jurídicos devem ter aplicação indefetível, por imperiosas exigências de certeza jurídica. Mas levará sempre à necessidade de indemnizar a outra parte – ao menos pelo interesse negativo, isto é, em termos de a colocar na situação patrimonial em que ela estaria se de em todo não tivesse contratado. E tal interesse pode igualar praticamente o interesse positivo (situação em que a parte estaria se fosse válido o contrato. Pode mesmo excedê-lo, mas isso não será de atender, por razões óbvias)”.*

*Esta questão da oposição da nulidade de um contrato com raiz na falta ou inobservância de forma, ou de acordo com a forma prescrita na lei, foi, igualmente, objecto de larga análise pelo Professor Vaz Serra, que se interroga “(...) se, por ex., a inobservância da forma legal foi provocada pelo locador, que levou o locatário a concluir o contrato confiando em promessas ou garantias por aquele dadas, e, depois, é o próprio causador da falta da forma quem pretende prevalecer-se dessa falta, procedendo de modo claramente iníquo e escandaloso, há nisso, segundo muitos, um abuso do direito, um venire contra factum proprium, que afasta a legitimidade da invocação da nulidade formal do contrato.”*

Após a citação e confronto de diversa doutrina nacional, conclui o douto Supremo Tribunal de Justiça afirmando que a invocação de um vício de forma pode conduzir a uma posição mais drástica, que conduziria à paralisação do direito da parte que se procura prevalecer da invocação, desde que se comprove a intenção de obter vantagens ilegítimas à custa do contraente que celebrou o negócio convencido de que a forma era prescindível; ou conduzir a uma posição mais mitigada e condescendente, que advoga que, não sendo de não declarar a nulidade, com as consequências que dela advêm para a extinção relação contratual, sempre o invocador deveria ser obrigado a indemnizar, pelo interesse contratual negativo, a parte que, de boa-fé, confiou que o contrato ficaria perfeito com a simples consensualização dos termos do trato contratual.

Conforme se pode ler também na decisão deste douto Tribunal, das posições transcritas resulta de forma prevalente a posição expressa pelo Professor Manuel de Andrade, o qual entende que “na aplicação do instituto de abuso de direito se deve, primacialmente, atender ao caso concreto, pois só o caso em concreto pode instruir e fornecer os elementos que podem fazer ponderar o julgador a aplicação do instituto. O caso concreto, que o Ilustre Mestre se refere, não pode deixar de atinar em primeira linha com o tipo de contrato, e dentro destes aqueles que exigem uma forma absoluta, por exemplo nos casos de direito de família, com o casamento e a perfilhação, com outros casos em que a forma, sendo exigível, não se reveste de uma compleição solene tão densa e canónica.

Assim, por exemplo, nos contratos promessa, em que a lei foi evolucionando de situações de ausência de forma para uma prescrição de forma, a preterir uma

*mutabilidade que atina com as necessidades temporais e de segurança jurídica para uma das partes envolvidas na relação contratual.*

*Sendo a certeza e a segurança das relações contratuais o abside da razão legal para a prescrição da formalidades atinentes à declaração de vontade, a questão que deve colocar-se é se, no caso de um contrato de troca de partes do terreno, em que razões de mútua convivência e interesse das partes sobrelevam a razões formais, se deve, no caso de invocação de nulidade do contrato, por falta de forma, atender, de uma feição imprescindível e indefectível, à essa exigência para a perfeição do contrato. Vale dizer, de outro modo, se atendível a nulidade invocada, ou ao invés, em vista da menor densidade do tipo de contrato e das relações que ele conleva, deve essa nulidade ser paralisada pela excessividade da sanção e obstar a que a nulidade seja decretada por ferir a consciência jurídica, podendo “(...) servir plenamente como válvula de segurança para os casos de pressão violenta da nossa consciência jurídica contra a rígida estruturação das normas legais”, para usar as palavras de Manuel de Andrade”.*

Na apreciação do caso concreto pronunciou-se assim o Supremo Tribunal de Justiça no sentido de que a troca ocorrida entre os recorrentes e o recorrido, parece resultar de uma situação de vizinhança e de boa convivência indutora de um relacionamento desprendido e liberto de preocupações formais, revelador de um estado em que, por razões que se prendem com os interesses que cada um prossegue, decidem concertar no escambo dos espaços de terreno que a cada um mais aproveitava. Entendeu o douto Tribunal que em relações deste tipo, e com esta feição, o princípio do consensualismo na produção das declarações de vontade conformador de realização do negócio jurídico é a regra. Em concreto, *“as pessoas confiam e crêem na boa-fé com que a contraparte se presta a congraçar no sinalagma em que se pretendem coenvolver, despreocupando-se de formalismo e consequências (jurídicas) que adviriam para a consecução dos fins em vista e futuros da sua inobservância”.*

Da decisão do Supremo Tribunal de Justiça ora em apreço resulta que, embora não advenha da matéria de facto provada qual dos contraentes terá promovido a troca e se algum dos contraentes quis que não fosse observada a forma que ela deveria ter assumido, o facto é que, no caso em apreço, e pelos contornos em que se recorta o negócio, resulta, com um mínimo de segurança, que o negócio terá sido efectuado para

satisfação dos interesses momentâneos de cada um dos contraentes e que só uma dissidência ocorrida com o filho dos recorrentes terá provocado a reivindicação do espaço (de terreno) permutado. Da douda decisão resulta ainda que *“a nulidade não é invocada na causa de pedir – cfr. fls. 3 a 8 – só tendo surgido como fonte de geração de direitos (negativos) na réplica. Sem que de tal circunstância se possam extrair consequências, não pode deixar de se ter presente que os demandantes pretenderam numa primeira linha de fundamentação do direito que pretendiam ver reconhecido – o direito de propriedade sobre um determinado espaço de terreno – foi a usucapião e só posteriormente à contestação – e com a alegação do escambo – é que esgrimiram a nulidade do eventual negócio que tivesse versado sobre o terreno e que tivesse na sua raiz a permuta de um terreno do demandado com o espaço de terreno reivindicado”*.

Por todo o exposto o douto Supremo Tribunal de Justiça termina a sua decisão afirmando que *“com este quadro geral, entendemos que a regra da consensualidade na formação do negócio jurídico deve prevalecer, impondo-se assim ao princípio da vinculação formal, por forma a impedir que a alegabilidade do vício de forma possa vir a beneficiar um dos sujeitos da relação jurídica, precisamente por invocação da falta de forma para lograr a nulidade do negócio*.

*A alegabilidade do vício de forma por um dos sujeitos que esteve envolvido no negócio não obsta, neste caso, a que a consensualidade na formação do negócio deva suplantar a exigência de uma formalidade prescrita por lei, impedindo, desta forma, que se gere um benefício a favor de quem coonestou na prática da falta legal e seja usado contra quem usou de boa-fé na realização de um negócio que, devendo ser consagrado em escritura pública, decorre de relações de sã convivência e boa-fé*.

*Adir-se-á, em ende, que estamos perante um contrato atípico, cuja forma só é exigida, por compressão reflexiva. A forma, no caso da troca, só é exigida por se tratar de um contrato que deve ser qualificado como oneroso a que devem ser aplicadas as regras do contrato de compra e venda (...).*

*Desta incipiência classificativa (típico-contratual), digamos assim, resulta, em nosso juízo, uma merma de exigência formal, que redundará numa **displicência de peremptoriedade de formalismos, a justificar a aplicação do instituto do abuso de direito, em situações em que um dos sujeitos pretenda obter a nulidade do contrato***

*por carência de observância de formalismo para a declaração contratual. Pelas expostas razões, a revista deverá improceder”<sup>307</sup>.*

Podemos retirar as seguintes conclusões desta decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Março de 2015:

- 1) Diferentemente das decisões anteriores, desta vez, o Supremo Tribunal de Justiça analisa o eventual exercício abusivo do Autor que invoca a nulidade do contrato de troca por preterição de forma legal, não em abstracto, mas atendendo ao tipo contratual e às suas especificidades;
- 2) O Supremo Tribunal, após uma análise exaustiva da jurisprudência e da doutrina portuguesas sobre a matéria, estabelece uma diferença quanto à intensidade do controlo da actuação abusiva das partes; isto é, o controlo que o Tribunal deve fazer no caso dos contratos típicos deve ser mais forte do que aquele que é exercido quanto a contratos atípicos;
- 3) Assim, como o contrato de permuta é um contrato atípico e a regra formal do artigo 875.º do Código Civil só se aplica a este tipo contratual por via da remissão do artigo 939.º do mesmo Código, o Supremo Tribunal entende que as razões que justificam a imposição da forma de exteriorização das declarações negociais são menos fortes do que aquelas que se impõem ao contrato de compra e venda;
- 4) Assim sendo, efectuando uma ponderação de interesses e valores entre o formalismo e os valores materiais subjacentes à relação de confiança criada entre os dois contraentes, o Supremo Tribunal concluiu que devem prevalecer os interesses (materiais) das situações jurídicas já geradas. Designadamente o Tribunal apela à confiança e amizade mantidas entre os contraentes, prolongada no tempo; ao princípio do consensualismo, regra no nosso Direito Civil; ao princípio do *favor negotii*, à conservação do negócio jurídico. Interessante notar que com esta argumentação o Supremo Tribunal de Justiça acaba por ligar o abuso do direito a uma situação de conflito de direitos e a uma decorrência do princípio da

---

<sup>307</sup> Sublinhado nosso.

materialidade subjacente (*tu quoque*) mais do que do princípio da tutela da confiança (mesmo do “*venire contra factum proprio*”, qualificação que o próprio Supremo Tribunal de Justiça adopta para classificar o caso que decidiu).

**c) Inalegabilidade de nulidades formais e a transmissão de direitos reais: terceiros de boa-fé e direito registal nos contratos onerosos de aquisição de direitos reais**

Passamos, de seguida, à análise da questão de saber se a paralisação do direito de arguir a nulidade do contrato por inobservância da forma legal poderá aplicar-se também no caso de terceiro adquirir a propriedade (validamente, respeitando o requisito formal) e registar o seu direito.

Trata-se, pois, de saber como articular a solução que propomos quanto ao problema da inalegabilidade de nulidade formal com as regras sobre o registo de bens imobiliários.

O problema coloca-se de sobremaneira no que respeita ao artigo 5.º do Código do Registo Predial, o qual prescreve o seguinte, sob a epígrafe “*oponibilidade a terceiros*”:

*“1 - Os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo.*

*2 - Exceptuam-se do disposto no número anterior:*

*a) A aquisição, fundada na usucapião, dos direitos referidos na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º;*

*b) As servidões aparentes;*

*c) Os factos relativos a bens indeterminados, enquanto estes não forem devidamente especificados e determinados.*

*3 - A falta de registo não pode ser oposta aos interessados por quem esteja obrigado a promovê-lo, nem pelos herdeiros destes.*

*4 - Terceiros, para efeitos de registo, são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si.*

*5 - Não é oponível a terceiros a duração superior a seis anos do arrendamento não registado”.*

Deste preceito legal, tem concluído a doutrina que se trata de um caso em que o registo predial gera uma eficácia atributiva de direito real, ou seja, em que se adquire o direito real por *aquisição tabular*.

LUÍS MENEZES LEITÃO, após reconhecer que o registo pode ter como efeito a aquisição de um direito real em desconformidade com a realidade substantiva, escreve, a propósito do artigo 5.º do Código do Registo Predial, que “a lei exige apenas uma dupla alienação ou oneração e o prévio registo da segunda disposição. Por analogia aos restantes casos de aquisição tabular, a doutrina maioritária exige, no entanto, que a segunda disposição seja realizada a título oneroso e de boa fé, sem o que se entende que o direito do primeiro adquirente não poderá ser posto em causa”. LUÍS MENEZES LEITÃO acaba, pois, por reconhecer que o artigo 5.º do Código do Registo Predial é um caso de aquisição tabular, mas não toma posição quanto aos requisitos adicionais de protecção do terceiro adquirente que confia no registo<sup>308</sup>.

Pergunta, no entanto, o mesmo autor, as consequências para o adquirente original da dupla alienação pelo mesmo alienante que se tornou eficaz (*maxime*, no que respeita à aquisição do direito real) por via das regras do Direito registal. Passando a responder nos seguintes termos:

“A tese da sobrevivência do direito real preterido não nos parece, no entanto, aceitável. A aquisição tabular atribui o direito real em termos definitivos ao adquirente com base no registo, sendo em consequência extinto o direito real anterior, por ser com ele incompatível. Mesmo que o adquirente com base no registo optasse por devolver a coisa ao adquirente substantivo haveria aí um novo facto aquisitivo do direito, que não ilidiria a extinção anterior. Rejeitamos, por isso, qualquer hipótese de permanência do direito anterior”<sup>309</sup>.

---

<sup>308</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 258.

<sup>309</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 260.

Já JOSÉ ALBERTO VIEIRA considera que a “aquisição tabular não beneficia qualquer pessoa que tenha adquirido invalidamente um direito por força de uma situação registal desconforme à realidade substantiva. Beneficia o terceiro para efeitos de registo predial”<sup>310</sup>.

Para este autor, os requisitos para que haja lugar à aquisição tabular do artigo 5.º, n.º 3 e 4 do Código do Registo Predial, são os seguintes:

- Pré-existência de um registo desconforme à realidade substantiva (registo incompleto);
- Acto de disposição praticado com base na situação registal desconforme;
- Boa-fé do terceiro;
- Carácter oneroso do negócio jurídico de disposição;
- Que o terceiro registe a sua aquisição antes do registo do facto aquisitivo do titular do direito real na ordem substantiva”<sup>311</sup>.

O mesmo autor salienta que “ao registo da aquisição do direito equivale o registo da acção de declaração de invalidade do negócio celebrado entre o duplo disponente e o terceiro. Na realidade, se o terceiro apenas consegue registar a sua aquisição após o registo da acção de declaração da nulidade do negócio por si celebrado não pode invocar a seu favor a fé pública registal, porquanto o seu registo predial já patenteava a desconformidade com a ordem substantiva quando o seu registo foi feito”. Ressalva, no entanto, JOSÉ ALBERTO VIEIRA que esta solução “nada tem que ver com a oponibilidade do direito real”, pois “terceiro com registo a seu favor de direito incompatível fica exposto à oponibilidade geral do direito real não registado, quando:

- estiver de má fé;
- tenha adquirido a título gratuito”<sup>312</sup>.

---

<sup>310</sup> JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, p. 297. Há edição da citada obra de 2016, publicada pela Almedina, p. 266.

<sup>311</sup> JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, p. 297. Há edição da citada obra de 2016, publicada pela Almedina, p. 266.

<sup>312</sup> JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, p. 297. Há edição da citada obra de 2016, publicada pela Almedina, p. 266.



A mesma ideia é perfilhada por ANTÓNIO SANTOS JUSTO que, pese embora as críticas formuladas ao regime de direito registal e a sua articulação com as regras de direito substantivo, acaba por concluir que “ponderadas estas críticas, sustenta-se que o registo da segunda aquisição é condição legal da sua eficácia e, ao mesmo tempo, *condictio iuris* resolutiva dos efeitos da primeira aquisição que sejam incompatíveis com os da segunda. Todavia, considera-se que se trata de uma *condictio* cujos efeitos se produzem *ex nunc* e não *ex tunc*, ou seja, não têm retroactividade: até ao registo, o titular do direito é o primeiro adquirente; depois, o segundo. Deste modo, entende-se que o registo é um elemento de um facto complexo de produção sucessiva e qualifica-se a segunda aquisição como *sui generis*: não é derivada porque, antes, desse registo prevalece a primeira aquisição; nem é originária, porque a validade do negócio é fundamental. De todo o modo, esta teoria acolhida por boa parte da doutrina nacional, implica um desvio ao princípio da consensualidade: o registo é um elemento que consolida a posição do adquirente e, portanto, complementa a sua aquisição contratual. Simplesmente, urge não ignorar que o próprio Código Civil excepciona o princípio da consensualidade aí acolhido”<sup>313</sup>.

Opinião divergente é a defendida por JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, para quem o artigo 5.º do Código do Registo Predial não consagra um caso de aquisição tabular. A argumentação do ilustre Professor da Faculdade de Direito de Lisboa passa por considerar que a letra e o espírito do artigo 5.º do Código do Registo Predial “afastam qualquer possibilidade de aí incluir aquele efeito registral (...) o n.º 2 do artigo 17.º e o artigo 122.º do Código do Registo Predial prescrevem, *expressis verbis*, a protecção de direitos de terceiro, face à ocorrência de uma vicissitude, a nulidade ou a rectificação do registo, ao contrário do artigo 5.º. Basta confrontar, aliás, este preceito com os artigos indicados. A título de exemplo, vejamos o n.º 2 do art. 17.º quando acautela os direitos adquiridos por terceiro a título oneroso, cujo registo é anterior ao registo da acção da nulidade. Onde temos algo semelhante no artigo 5.º? Efectivamente, não conseguimos vislumbrar”<sup>314</sup>.

---

<sup>313</sup> ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 78-79.

<sup>314</sup> JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais* – Relatório, AAFDL, Lisboa, 2013, p.293. O referido Acórdão Uniformizador de Jurisprudência é o Acórdão n.º 3/99 de 18.05.1999, Processo n.º 1050/98 (JOSÉ PEREIRA DA GRAÇA), o qual estabelece o seguinte: “terceiros, para efeitos do disposto no artigo 5 do Código do Registo Predial, são os adquirentes, de boa fé, de um mesmo transmitente comum, de direitos incompatíveis, sobre a mesma coisa”.

Quanto ao argumento de que o Supremo Tribunal de Justiça, por via de Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, já clarificou o que se deve entender por terceiro de boa fé, para efeitos do artigo 5.º, n.º 3, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS contrapõe o seguinte: “a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça define o conceito de terceiro, mas não introduz no artigo 5.º algo que aí não havia, nem passou a haver. Por isso, não podemos acompanhar soluções que consideram o preceito aplicável às situações de dupla alienação, mas inaplicável às previstas nos artigos *supra*-indicados. Além das dificuldades suscitadas pelo artigo 5.º, ao não contemplar requisitos entendidos por decisivos – o título oneroso e a boa fé – constatamos que a própria noção de terceiro suscita desconforto nos defensores daquela leitura quando sinalizam uma adequada coerência interpretativa, relativamente ao preceito em presença a que consagram, esses sim, reconhecidamente o efeito atributivo – o artigo 17.º, n.º 2 e 122.º do Código do Registo Predial e 291.º do Código Civil. Cumpre reconhecer que os preceitos *supra*-mencionados não dispõem de uma noção de terceiro, ao invés do n.º 4 do artigo 5.º, onde o legislador sublinha que a respectiva noção não é apenas aplicável a este preceito mas a todo o articulado atinente ao registo predial. Daí a expressão “para efeitos de registo”. Se a isto somarmos a ausência de requisitos próprios do registo atributivo, no artigo 5.º, designadamente a protecção de terceiro adquirente, a título oneroso, de boa fé que regista, demonstramos que essa não foi a via adoptada pelo legislador do Código do Registo Predial”<sup>315</sup>.

Por outro lado, acrescenta ainda o mesmo autor que o efeito atributivo do direito real representa “uma excepção aos princípios caracterizadores da nossa ordem jurídica, a consensualidade e o que deriva do *brocardo in allium transferre potest quam ipse habet*, pelo que ser interpretada com cuidado, de modo restritivo, nunca de modo amplo, ameaçando subverter os pilares do sistema registal e, por consequência, do próprio ordenamento jurídico (...). Não podemos, por isso, partilhar da visão daqueles que pretendem converter o registo em estrito reflexo da realidade com a inerente promoção de uma aludida confiança abstracta, susceptível de eliminar qualquer insegurança”<sup>316</sup>.

Na opinião da maioria da doutrina, o artigo 5.º do Código do Registo Predial consagra, efectivamente, um caso de aquisição tabular, por via das regras de Direito registal. O

---

<sup>315</sup> JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais – Relatório*, AAFDL, Lisboa, 2013, p.293.

<sup>316</sup> JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais – Relatório*, AAFDL, Lisboa, 2013, p.295.

artigo 5.º do Código do Registo Predial tem como epígrafe “oponibilidade do direito real”, daí resultando que o direito real adquirido, validamente constituído de acordo com o direito substantivo, não é oponível a terceiro que tenha adquirido do mesmo alienante, a título oneroso e estando de boa-fé, um direito incompatível sobre a mesma coisa. O direito adquire-se por mero efeito do contrato, apenas o mesmo não será oponível a quem tenha o registado previamente, após o adquirir do mesmo alienante. No entanto, o adquirente original poderá opor o direito de propriedade (ou outro direito real) a outros terceiros, nomeadamente aos que adquiriram de má-fé direito incompatível do mesmo alienante, bem como aos que adquiriram a título gratuito direito incompatível do mesmo alienante.

Do que escrevemos resulta que o problema previsto no artigo 5.º do Código do Registo Predial não é um caso de constituição ou transmissão do direito real, mas sim de oponibilidade a terceiros. Consequentemente, ao frustrar a expectativa de aproveitamento das utilidades da coisa, o adquirente originário apenas poderá ter o seu interesse plenamente satisfeito mediante outros mecanismos jurídicos (nomeadamente, mecanismos de reintegração indemnizatória de posições jurídicas patrimoniais).

Posto isto, cumpre perguntar como conciliar a aplicação da doutrina do abuso do direito - nomeadamente na sua modalidade de inalegabilidade de nulidade formal – com o artigo 5.º do Código do Registo Predial, com o efeito aquisitivo do registo predial.

Temos de, neste ponto, distinguir:

- a) O segundo adquirente não preenche os requisitos do efeito atributivo do artigo 5.º do Código do Registo Predial

Neste caso, aplica-se a tese que defendemos nesta investigação. Demonstrada a relação de confiança juridicamente tutelada, ocorre o que nós classificamos de sanção inominada ou de convalidação atípica considerando-se que o contrato é eficaz desde o momento da sua prática.

Assim sendo, o adquirente originário torna-se titular do direito real, sendo esta sua posição jurídica oponível ao terceiro que adquiriu direito incompatível do mesmo disponente (bem como a todos os demais terceiros).

Evidentemente, isto não dispensa o adquirente originário, que invoca a eficácia do contrato de aquisição do direito real por virtude da relação de confiança tutelada pelo artigo 334.º do Código Civil, de registar o seu direito, até pelo princípio da obrigatoriedade do registo (artigo 8.º-A do Código do Registo Predial). Só pelo registo, o adquirente consolida a titularidade do seu direito real (artigo 5.º, n.º 1 do Código do Registo Predial).

Note-se, ainda, que o adquirente originário, e que invoca a confiança como fundamento de eficácia do contrato, superando a invalidade formal, deverá proceder ao registo da acção em que requiere a declaração pelo Tribunal dessa relação de confiança. Isto decorre, por um argumento de maioria de razão, do artigo 3.º, n.º 1, al. a) do Código do Registo Predial que dispõe que *“É obrigatório submeter a registo: a) As acções que tenham por fim, principal ou acessório, o reconhecimento, a constituição, a modificação ou a extinção de algum dos direitos referidos no artigo anterior, bem como as acções de impugnação pauliana”*.

Neste caso, trata-se de uma acção de reconhecimento da eficácia do contrato por via do princípio da tutela da confiança, a qual gerará, por via do princípio da consensualidade, a transmissão do direito real, *maxime* do direito de propriedade. Com a convalidação do contrato produzem-se os efeitos típicos do contrato de compra e venda, incluindo a transmissão da propriedade por via do artigo 408.º, n.º 1 e 879.º, al. a), ambos do Código Civil.

Quanto à relação entre vendedor e o terceiro adquirente, nesta situação, irá aplicar-se o regime da venda de bens alheios (artigos 892.º e seguintes do Código Civil). Não cabe, no entanto, neste trabalho estudar as consequências jurídicas da relação entre comprador e segundo adquirente.

- b) *O terceiro adquirente de direito incompatível do mesmo disponente procede ao registo, está de boa-fé e adquiriu de forma onerosa o direito de propriedade (ou*

*outro direito real) - e o adquirente originário não registou previamente o seu direito*

Neste caso, o segundo adquirente é o titular do direito de propriedade, por via do efeito atributivo do artigo 5.º, n.º 3 e 4 do Código do Registo Predial. Há, pois, aqui uma desconformidade entre o direito substantivo e o direito registal, na medida em que, pela confluência dos princípios da consensualidade e da tutela da confiança, o adquirente originário é o legítimo titular do direito real.

Confluência dos princípios da consensualidade e da tutela da confiança, pois a transmissão do direito real, neste caso, dar-se-á pela observância de um facto complexo:

- i) Primeiro, segundo o artigo 408.º, n.º 1 do Código Civil, a transmissão do direito real dá-se por mero efeito do contrato. No entanto, devido à falta de forma legalmente exigida, o contrato seria nulo, não produzindo os seus efeitos típicos, incluindo o efeito real;
- ii) Segundo, em virtude do princípio da tutela da confiança, verificados os seus requisitos (que atrás já explicámos desenvolvidamente), ocorre a sanção do contrato, pela paralisação do direito da parte que criou a situação de confiança de arguir a nulidade (decorrendo esta solução do artigo 334.º do Código Civil). Alegada e demonstrada a situação de confiança juridicamente protegida, a sanção do contrato produz efeitos retroactivos, considerando-se o contrato eficaz desde o momento da sua celebração.

Assim sendo, o adquirente originário é o titular do direito de propriedade (ou outro direito real) sobre a coisa segundo o regime de direito substantivo. No entanto, este direito real não é oponível ao terceiro que se encontre em situação que preencha os requisitos do artigo 5.º, n.º 4 e 5 do Código do Registo Predial. Segundo o direito registal, é este último o proprietário (ou titular de outro direito real) da coisa, por via de aquisição tabular.

O contrato é, contudo, eficaz entre o vendedor (comum) e o adquirente originário; este último poderá, assim, responsabilizar o vendedor pela dupla alienação da coisa, e o consequente incumprimento do contrato. Mas em que termos se fundará a referida indemnização?

Pensamos que se deverá aplicar, também neste caso, o regime da compra e venda de bens alheios. O artigo 892.º do Código Civil dispõe que “*é nula a venda de bens alheios sempre que o vendedor careça de legitimidade para a realizar; mas o vendedor não pode opor a nulidade ao comprador de boa-fé, como não pode opô-la ao vendedor de boa-fé o comprador doloso*”.

Ora, *in casu*, a questão não se coloca na relação entre vendedor e segundo comprador, mas sim na relação entre vendedor e primeiro adquirente. Verificada a situação de confiança que sana a invalidade formal do contrato, o vendedor carece de legitimidade para efectuar a segunda aquisição, pelo que esta seria nula, segundo o artigo 892.º do Código Civil. Porém, o registo da propriedade (ou de outro direito real) pelo segundo adquirente confere-lhe esse direito definitivamente, podendo opô-lo àquele que seria o proprietário legítimo à luz do direito substantivo (o primeiro adquirente), bem como a quaisquer terceiros em virtude da característica da absolutidade dos direitos reais.

Em relação à previsão do artigo 892.º do Código Civil, a doutrina discute se, para além do vendedor e do comprador de boa-fé, o proprietário legítimo da coisa de acordo com o direito substantivo poderá arguir a nulidade. A maioria da doutrina entende que não, pois o proprietário poderá sempre lançar mão de uma acção de reivindicação. Já PEDRO ROMANO MARTINEZ discorda, alegando que o proprietário tem interesse na definição jurídica da situação da coisa, até por razões de segurança jurídica<sup>317</sup>.

No caso concreto, havendo um caso de inalegabilidade de nulidade formal, o contrato de compra e venda torna-se eficaz desde o momento da sua celebração – mas, devido ao registo anterior, o segundo adquirente obtém o direito de propriedade (ou outro direito real). Logo, o comprador (originário) não poderá lançar mão de uma acção de

---

<sup>317</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial), Contratos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 113.

reivindicação, pelo que só lhe restará invocar a nulidade do contrato prevista nos artigos 892.º e seguintes do Código Civil perante o vendedor (comum).

Esta nulidade, como já referimos, é uma nulidade atípica, que se aproxima mais do regime do incumprimento contratual, conferindo ao comprador o direito de resolver o contrato.

Uma dificuldade dogmática que se poderia colocar quanto ao acolhimento desta solução que aqui propomos é o facto de o contrato entre vendedor e comprador originário ser plenamente válido no momento da sua celebração, o que torna o primeiro adquirente o legítimo proprietário da coisa de acordo com o direito substantivo – a nulidade seria, pois, superveniente, atendendo à dupla alienação pelo vendedor e registo prévio do segundo adquirente e de acordo com a maioria da doutrina, o comprador originário não poderia invocar a nulidade do contrato perante o vendedor (comum), nem perante o segundo adquirente. No entanto, esta objecção pode ser rebatida com os seguintes argumentos:

1) A situação do segundo comprador que está de boa-fé e adquiriu o direito de quem não era o seu legítimo proprietário é materialmente igual à situação do comprador, que é proprietário segundo o regime substantivo, mas que é afectado por um acto de disposição posterior do mesmo alienante e que perde o direito de propriedade para o segundo comprador que o regista primeiro. Por isso, a teleologia do regime da venda de bens alheios é extensível ao caso em que o proprietário do bem segundo o regime substantivo perde o seu direito de acordo com as regras do registo predial, mas por culpa do vendedor que pratica um novo acto de disposição do mesmo direito sem ter legitimidade para tanto;

2) Se assim não fosse (ou seja, ao não se estender a protecção conferida pela legislação civil nos artigos 892.º e seguintes do Código Civil ao adquirente que é proprietário da coisa segundo o direito substantivo, ainda que por virtude de um facto jurídico complexo), poderíamos estar diante de uma inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade, pois o comprador que é proprietário segundo o direito substantivo ficaria em pior situação do que aquele que adquire, em segundo lugar, o direito real do mesmo alienante e que vê frustrado o seu interesse (não adquirindo a

titularidade desse direito), ao qual seria unanimemente aplicável o regime da compra e venda de bens alheios.

Como escreve ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “a confiança torna-se um elemento importante. O Direito não o pode ignorar: tratar um sujeito confiante pela mesma bitola dispensada a um outro não-confiante equivale a tratar o diferente de modo igual, Haveria, então, uma violação do princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º da Constituição (...). O princípio da igualdade implica a harmonia e a adequação do sistema no seu conjunto. Em jogo, estará sempre uma confiança conforme ao sistema”<sup>318</sup>;

3) O regime da venda de bens alheios apresenta uma série de especificidades em comparação com o regime geral da responsabilidade civil que mais efectivamente tutelam o comprador que confiou na aquisição do direito real e na actuação leal e segundo os ditames da boa-fé do vendedor. De facto, o regime da venda de bens alheios justifica-se, precisamente, pela confiança que o vendedor criou no comprador pela aparência de que é o titular legítimo do direito transmitido – e, por isso, na validade do contrato de compra e venda.

Ora, o que temos precisamente no caso das inalegabilidades formais é o reconhecimento da eficácia do contrato devido à confiança criada no comprador pelo vendedor. Logo, verifica-se que o valor jurídico tutelado pelo regime da venda de coisa alheia é o mesmo que justifica a doutrina das inalegabilidades de nulidades formais, pelo que o regime legal de ressarcimento de danos deve ser o mesmo.

E quais as especificidades deste regime de compra e venda de bens alheios?

1) O vendedor é obrigado a convalidar o contrato (artigo 895.º), adquirindo o direito ao terceiro que o adquiriu por via do direito registal: se não o fizer, terá de indemnizar o comprador pelos prejuízos causados pelo incumprimento desta obrigação (artigos 897.º e 900.º do Código Civil);

---

<sup>318</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 974.



2) Para além da indemnização pelo não cumprimento da obrigação de convalidação, o artigo 898.º do Código Civil prevê que o comprador poderá cumular o pedido de indemnização pelos danos causados pela frustração do seu interesse por acto de disposição posterior (do mesmo bem) pelo vendedor: o comprador tem, assim, o direito a ser indemnizado, nos termos gerais, de todos os prejuízos que não teria sofrido se o contrato fosse válido desde o começo, ou não houvesse sido celebrado, conforme venha ou não a ser sanada a nulidade.

Este é o regime que melhor se coaduna com os valores em presença no caso de inalegabilidade de nulidade formal e sua oponibilidade ao terceiro adquirente que beneficia do efeito atributivo do direito registal. Aplica-se, pois, a este propósito, o que escreve NUNO PINTO DE OLIVEIRA relativamente aos casos de indemnização pela actuação em *venire contra factum proprium*: “este subprincípio [princípio da prioridade da substância sobre a forma como norma com uma função complementadora do conteúdo da relação contratual] destina-se a evitar que aquele que confia sofra o dano causado por uma violação do dever especial de corresponder às expectativas de outrem. (...) Os princípios gerais da responsabilidade civil conduzem a uma responsabilidade subjectiva pela confiança, dependente da ilicitude e da culpa: se aquele a quem seja imputável uma situação de confiança justificada violar ilicitamente o dever especial de corresponder às expectativas causadas, ficará constituído na obrigação de indemnizar os prejuízos daí resultantes”<sup>319</sup>.

A propósito do Direito Civil brasileiro<sup>320</sup>, CRISTIANO de SOUSA ZANETTI defende uma solução muito próxima à nossa, recorrendo ao princípio da conservação dos negócios jurídicos. Este princípio, na óptica do Autor citado, “serve, no mais das vezes, justamente para obviar ao rigor formal e, consequentemente, permitir a substituição do negócio nulo projectado por outro que produza os efeitos compatíveis, mas não idênticos, aos programados pelas partes com a conclusão do contrato definitivo”<sup>321</sup>.

---

<sup>319</sup> NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 182 e ss. Este Autor, no entanto, ressalva que, na sua visão, “um princípio geral de responsabilidade objectiva pela confiança restringiria excessivamente o alcance da ilicitude e da culpa” como requisitos de responsabilidade civil.

<sup>320</sup> Embora a proximidade de soluções jurídicas permita transpor as ideias defendidas para o Direito Civil português de modo praticamente inalterado.

<sup>321</sup> CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI, *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*, Quartier Latin, São Paulo, 2013, p. 224.

No entanto, a sua argumentação para defender a convalidação do contrato nulo por falta de forma, pese embora alcance o mesmo resultado interpretativo, é ligeiramente diferente.

De facto, CRISTIANO de SOUSA ZANETTI advoga que o contrato nulo por falta de forma, atendendo à tutela da confiança e ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, se convalida em “*contrato preliminar*”, o que significa que os efeitos do contrato nulo convertido em contrato preliminar e os do contrato definitivo são distintos: “a conclusão do contrato definitivo confere à parte o direito de, mediante o simples registo da escritura, constituir o direito de superfície [no caso de contrato real de aquisição de direito de superfície]. A conversão do contrato nulo no respectivo preliminar faz depender essa constituição de sentença que repute concluído o contrato definitivo e promova a sua execução”<sup>322</sup>.

Assim sendo, para que o contrato aquisitivo de direito real celebrado com preterição do requisito formal de validade se convalide em contrato definitivo será necessária “*sentença que dê por celebrado o contrato definitivo e determine sua execução*”<sup>323</sup>:

A mesma posição é defendida por ALEXANDRE GUERRA<sup>324</sup>, referindo-se a este propósito a “*convalidação imprópria*”<sup>325</sup>. No entanto, este autor acaba por reconhecer que “a execução voluntária de um negócio jurídico nulo por defeito de forma pode render ensejo à sua confirmação. O juiz deve abster-se de decretar a nulidade quando a prestação tenha sido cumprida e a razão da imposição da forma decorrer do intuito de protecção da própria parte. É preciso reconhecer a validade do negócio se houver execução voluntária pela parte com a consciência da nulidade. O mesmo se deve

---

<sup>322</sup> CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI, *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*, Quartier Latin, São Paulo, 2013, p. 225.

<sup>323</sup> CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI, *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*, Quartier Latin, São Paulo, 2013, p. 225. Note-se que discordamos também do último ponto afirmado por este Autor, na medida em que consideramos que a sentença tem efeitos apenas declarativos, produzindo o contrato convalidado por via do princípio da tutela da confiança efeitos desde o momento da sua celebração.

<sup>324</sup> ALEXANDRE GUERRA, *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos – A Eficácia Jurídico-Social como Critério de Superação das Invalididades Negociais*, Almedina, São Paulo, 2016, p. 343. Este Autor adiciona ainda os princípios da efectividade e da função social do contrato como critérios complementares do princípio da conservação do negócio jurídico para justificar a convalidação do contrato nulo por preterição da forma legal.

observar quando assim recomendar o interesse público, bem como os princípios da boa-fé, da lealdade, da função social e da segurança jurídica. Na ausência de valores superiores a serem protegidos pela Ciência do Direito precipuamente por meio de invalidação do negócio, deve sobressair a eficácia do negócio jurídico”<sup>326</sup>.

#### **d) Contrato de doação**

O contrato de doação é um contrato típico e nominado, cuja definição consta do artigo 940.º, n.º1 do Código Civil: *“Doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente”*.

Trata-se de um contrato gratuito, cuja causa é o *animus donandi* do doador. Quanto à forma, dispõe o artigo 947.º do Código Civil que *“a doação de coisas imóveis só é válida se for celebrada por escritura pública ou por documento particular autenticado”* (n.º 1), enquanto que a doação de coisas móveis *“não depende de formalidade alguma externa, quando acompanhada de tradição da coisa doada; não sendo acompanhada de tradição da coisa, só pode ser feita por escrito”*.

Assim sendo, aplicam-se, também quanto a este tipo contratual, as conclusões a que chegámos no estudo da aplicação da doutrina da inalegabilidade de nulidades formais ao contrato de compra e venda.

Assim decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 24-10-2013, Processo n.º 1673/07.9TJVN.F.P1.S1 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA), cujo teor é muito claro na afirmação da prevalência da tutela da confiança como valor central do Direito Civil sobre o formalismo contratual:

*“Não se discute na revista que a doação dos autos seja nula por falta de forma, como efectivamente é (artigos 947º e 220º do Código Civil); nem tão pouco que a nulidade possa ser invocada a todo o tempo e que os autores tenham legitimidade para a arguir (artigo 286º do Código Civil).*

---

<sup>326</sup> ALEXANDRE GUERRA, *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos – A Eficácia Jurídico-Social como Critério de Superação das Invalidades Negociais*, Almedina, São Paulo, 2016, p. 153.

*Com efeito, ao tempo em que o autor marido e a Junta de Freguesia acordaram na cedência gratuita da faixa de terreno, com os encargos que ficaram provados (cfr. pontos i), j), k), l), m), p), q), y)), a doação de imóveis tinha de ser feita por escritura pública, sob pena de nulidade (artigos 947º e 220º citados).*

*Como se sabe, e se escreveu já no acórdão deste Supremo Tribunal de 25 de Março de 2010 (www.dgsi.pt, proc. nº 983/06.7TBBGR.G1.S1), por exemplo, «costumam apontar-se fundamentalmente três ordens de razões justificativas do abandono do princípio da liberdade da forma (artigo 219º do Código Civil) e da exigência de maior ou menor formalismo como condição de validade de uma declaração negocial (reconhecidamente sintetizadas de forma elucidativa no conhecido relatório do Decreto-Lei nº 32:032, de 22 de Maio de 1942):*

- assegurar uma correcta ponderação dos outorgantes quanto aos efeitos que do negócio resultam para a sua esfera jurídica;*
- permitir aos interessados, sobretudo se a forma se reveste de publicidade (documento autêntico, por exemplo), tomar conhecimento dos efeitos que de algum modo os possam afectar;*
- provar o acto realizado; como se sabe, há regras estritas quanto à possibilidade de prova de um acto solene (cfr. nºs 1 e 2 do artigo 364º do Código Civil).*

*E sabe-se igualmente que, para se verificar abuso de direito, susceptível de paralisar o respectivo exercício, é imperioso que o modo concreto desse exercício, objectivamente considerado, se apresente ostensivamente contrário “à boa fé, (a)os bons costumes ou (a)o fim social ou económico” do direito em causa (artigo 334º do Código Civil)»; e que cumpre ser particularmente exigente quando o direito de cujo exercício se trata é o direito de arguir a nulidade por falta de forma legal, tendo em conta, justamente, as finalidades de interesse público que a justificam.*

*No caso, como se viu, as instâncias entenderam que a actuação dos autores foi objectivamente apta a criar na ré a “legítima expectativa” (acórdão recorrido) de que não iriam invocar a nulidade da doação; desde logo, porque realizou obras e teve*

*despesas em que de outra forma não teria incorrido, despesas essas que, no contexto respectivo, não podem deixar de ser consideradas significativas.*

*E as instâncias valoraram também a motivação que levou os autores a pretenderem destruir a doação; em especial, a reacção ao depoimento prestado pelo Presidente da Junta de Freguesia, na acção que lhes foi movida pelo empreiteiro.*

*Recorde-se, a propósito, que os autores invocaram o incumprimento de encargos assumidos pela ré; no entanto, o pedido feito na acção é o de que seja declarada nula e de nenhum efeito a cedência a favor da ré, e esta consequência não poderia resultar de eventual incumprimento. O incumprimento de encargos só pode justificar um pedido de resolução se assim tiver sido convencionado, como exige o artigo 966º do Código Civil; na falta de acordo nesse sentido, apenas se permite ao doador exigir o cumprimento (artigo 965º do Código Civil). Assim, ainda que se convolasse o pedido em resolução, sempre existiria o obstáculo da falta de convenção que a permitisse.*

*Significa isto que, ainda que os autores tivessem provado a assunção de outros encargos pela ré, para além da obrigação de reconstruir “o muro de suporte das terras dos prédios dos autores” e de “asfaltar o caminho vicinal” (não asfaltado à data da propositura da acção, mas sim posteriormente), o hipotético incumprimento não relevaria no contexto da arguição de nulidade do contrato e, portanto, da averiguação do carácter abusivo (ou não) dessa arguição. (...) Em primeiro lugar (...) arguir a nulidade da doação significa, sem dúvida, uma actuação contrária à que os autores desenvolveram durante as negociações e na realização das obras, **uma inversão de procedimento que contraria a confiança justificadamente depositada pela ré na permanência da doação**<sup>327</sup>.*

*Em segundo lugar, porque está provado que a ré fez despesas que não teria feito se não houvesse sido acordada a cedência com o autor, confiando na realização e manutenção do alargamento do caminho. Não tem fundamento a alegação dos recorrentes, no sentido de que a ré não fez prova do requisito do “investimento na confiança”, necessário à verificação do abuso de direito – cujo ónus, naturalmente, incumbe à ré, de acordo com os critérios definidos pelo artigo 342º do Código Civil.*

---

<sup>327</sup> Sublinhado nosso.

*Em terceiro lugar, porque também não procede a ideia de que a ré não actuou “com uma diligência susceptível de alicerçar a boa fé subjectiva” (alegações), porque não se certificou “de que os proprietários do terreno em causa intervinham no negócio e de que este seria efectuado pela forma legal”). Como se observou já, a actuação dos autores foi objectivamente apta a criar a confiança de que, por um lado, havia acordo ou consentimento da autora e, por outro, de que a falta de formalização não seria invocada pelos autores”<sup>328</sup>.*

Pelas razões apontadas, o Supremo Tribunal de Justiça acabou por rejeitar as alegações de recurso do Autor, mantendo a eficácia do contrato em razão da relação de confiança criada entre as partes.

Por outro lado, o Supremo Tribunal não acolheu a argumentação do Autor de que não ficou demonstrada a boa-fé subjectiva em sentido ético do réu, que justificasse a tutela da sua confiança. Pelo contrário, o Tribunal considerou que a boa-fé para efeitos de paralisação do direito de arguir nulidade do contrato por falta de forma deve ser entendida em sentido objectivo, ou seja, como uma regra de conduta cuja não observância implica uma sanção para o agente “infractor”. Conclusão que merece a nossa concordância.

#### **e) Contrato de mútuo**

O contrato de mútuo é um contrato típico e nominado, cujo recorte é feito pelo artigo 1142.º do Código Civil: *“Mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta dinheiro, ou outra coisa fungível, ficando a outra parte obrigada a restituir outro tanto do mesmo género ou espécie”*.

A doutrina diverge sobre a classificação do contrato de mútuo como contrato consensual ou como contrato real *quoad constitutionem*. O entendimento maioritário é o de o contrato de mútuo ser, no direito português, um contrato real *quoad constitutionem*: ou

---

<sup>328</sup> Sublinhado nosso.

seja, a sua constituição apenas ocorre com e no momento da entrega do dinheiro ou outra coisa fungível.

Os argumentos que têm sido considerados decisivos são, por um lado, o facto de a lei na construção do tipo refere-se a “empréstimo” e não a “obriga-se a emprestar”, para além de que o Código Civil não prevê a obrigação de entrega da coisa como um dos efeitos essenciais do contrato de mútuo. O que significa que a entrega é um elemento constitutivo do tipo e não um efeito (ou seja, que se verifique na fase de execução) do contrato.

Assim sendo, o problema das inalegabilidades de nulidades formais não se colocará: o contrato apenas se celebra com a entrega de dinheiro ou outra coisa fungível que seja o objecto do contrato. Eventuais rupturas abruptas na negociação poderão ser indemnizadas atendendo à confiança criada na contraparte, mas não se trata do problema específico da inalegabilidade de nulidade decorrente da preterição de forma legal.

Contudo, o artigo 1143.º do Código Civil dispõe que *“Sem prejuízo do disposto em lei especial, o contrato de mútuo de valor superior a € 25 000 só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado e o de valor superior a € 2500 se o for por documento assinado pelo mutuário”*.

Ou seja, nos casos previstos no artigo 1143.º do Código Civil, a forma é requisito de validade do contrato de mútuo – na hipótese de esta não ser observada e a coisa entregue, executando-se o contrato, o problema da inalegabilidade de nulidades formais já se poderá aplicar. Neste caso, bastará demonstrar que os requisitos da tutela da confiança se encontram preenchidos.

Neste sentido, o artigo 1143.º juntamente com outros princípios essenciais do Direito Civil português, como é o caso da proibição de abuso do direito, poderá ser o fundamento para se contestar a natureza de contrato real *quoad constitutionem* do contrato de mútuo, podendo as partes celebrar contratos de mútuo consensuais. A forma desempenharia a função jurídica da tradição, vinculando as partes, a não entrega do

capital ou de outra coisa fungível por parte do mutuante gerará incumprimento contratual.

O problema coloca-se sobretudo a propósito dos contratos de crédito ao consumo, como veremos de seguida.

## **7. Contratos de Consumo e a inegabilidade de nulidades formais**

### **7.1 Considerações gerais**

Existem alguns exemplos em que a exigência de forma escrita, ou de certas formalidades, têm como escopo normativo a protecção do contraente mais débil. Em tais casos a lei prevê a nulidade do negócio, aquando do incumprimento de tais exigências, com o propósito de proteger o contraente presumivelmente mais fraco. E será que nesses casos, se poderá aplicar a solução acima proposta? Cremos que em determinados casos em que os factos e as circunstâncias do caso concreto o permitam, sim.

Inclusive, os Tribunais portugueses já têm decidido que quando seja o próprio contraente mais débil a originar o incumprimento da forma escrita ou das formalidades exigidas, este não merece usufruir da protecção conferida pela lei e como tal os negócios jurídicos em causa não foram declarados nulos.

Ora, entende-se por contrato de consumo aquele que incide sobre uma coisa, um serviço ou um direito destinado a uso não profissional de um dos contraentes, sempre que o outro contraente actue no âmbito da sua actividade profissional<sup>329</sup>.

Apesar do princípio da consensualidade constituir a regra no direito português, a lei consagra algumas excepções, aplicáveis aos contratos de consumo. J. MORAIS

---

<sup>329</sup> Conforme refere J. MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011, p. 39.



CARVALHO diz mesmo que “o desenvolvimento do direito do consumo tem dado causa a um fenómeno que se pode designar como o ressurgimento do formalismo”<sup>330</sup>.

Sem prejuízo de não existir uma regra geral para os contratos de consumo que excepcione a aplicação do artigo 219.º do Código Civil, designadamente na Lei da Defesa do Consumidor, a exigência de forma escrita encontra-se prevista em vários diplomas avulsos, que regulam tipos ou categorias de contratos de consumo, ou que regulam matérias que se relacionam com o direito do consumo.

Estão sujeitos a forma escrita, entre outros, os seguintes contratos de consumo:

- a) Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro);
- b) Contratos de crédito a consumidores (artigo 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho)<sup>331</sup>;

Noutros contratos como os celebrados na sequência de contacto telefónico (excepto nos casos em que o primeiro contacto telefónico é feito pelo consumidor), a lei não impõe forma escrita para a sua celebração, mas impõe a forma escrita para a declaração do consumidor (artigo 5.º, n.º7, do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro). Nos contratos de prestação de serviços de comunicações electrónicas a regra geral é a necessidade de forma escrita (artigo 48, n.º1 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro - Lei das Comunicações Electrónicas).

Além dos contratos para os quais a lei exige forma especial, a lei prevê também inúmeras formalidades que devem ser respeitadas no que toca à celebração de contratos de consumo. Para J. MORAIS CARVALHO certas formalidades podem integrar-se num conceito amplo de forma, uma vez que a lei as impõe como integrando o próprio processo de formação do contrato, dando como exemplo a entrega ao consumidor de um exemplar do contrato de crédito ao consumo (artigo 12.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º

---

<sup>330</sup> In *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2017, p. 48.

<sup>331</sup> Embora a norma aluda a contratos “*exarados em papel ou noutro suporte duradouro*”, dificilmente a forma pode não ser a escrita, na medida em que o próprio n.º 1 se refere a “*condições de inteira legibilidade*” e o n.º 2 fala de “*exemplar do contrato de crédito*”.

133/2009, de 2 de Junho) ou do contrato celebrado fora do estabelecimento (artigo 9.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro)<sup>332</sup>.

Como refere aquele autor as razões que justificam o regresso ao formalismo nos contratos de consumo são variadas. Por um lado está em causa a protecção dos consumidores e por outro, o objectivo de potenciar o crescimento económico através do desenvolvimento da economia de mercado. Sendo elemento essencial da decisão de contratar a confiança dos consumidores, é importante que o consumidor se sinta protegido. Além disso, a imposição de uma forma especial ou do cumprimento de uma formalidade específica constitui um factor de protecção do consumidor, dado que permite uma decisão mais reflectida, facilita a prova da celebração do contrato, dificulta a celebração de alguns contratos e possibilita o conhecimento posterior das cláusulas do contrato<sup>333</sup>. Como refere J. MORAIS CARVALHO, o direito do consumo visa essencialmente regular e afastar comportamentos abusivos, garantindo a manutenção da confiança do consumidor como peça relevante no mercado<sup>334</sup>.

A consequência do incumprimento do requisito de forma ou das formalidades legalmente exigidas para os contratos de consumo é, em regra, a invalidade do contrato. Todavia, na maioria dos casos esta apenas pode ser invocada pelo consumidor (veja-se, por exemplo, o n.º 5 e o n.º 6 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, que regula os contratos de crédito a consumidores). Como afirma J. MORAIS CARVALHO, a “intenção de proteger o consumidor resulta claramente dos diplomas

---

<sup>332</sup> In *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2017, p. 49.

<sup>333</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO refere que o direito do consumo tem “*um objectivo nítido: dar confiança ao consumidor para que não se retraia e acorra ao mercado – com isso dar fluidez ao mercado*”, *Direito Civil e Direito do Consumidor*, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial – Código Civil Português (Evolução e Perspectivas Actuais), 2008, p. 165.

Por sua vez ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, afirma que “*a grande especialidade das regras de consumo – e das directrizes que as originam – reside na preocupação de, pela uniformidade de tutela, prevenir distorções na concorrência, na dinâmica da atribuição de direitos e no «activismo judiciário» que propiciam*”, *Tratado de Direito Civil, I*, Almedina, 2017, p. 332.

Já CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA defende que “*a confiança dos consumidores é indispensável para o crescimento económico*”, referindo que “*nem sequer se pode afirmar que, em matéria de forma seja a protecção dos contraentes consumidores, enquanto contraentes débeis, a principal razão para as mutações legislativas, de momento mais preocupadas, parece, em não afectar o volume e garantir a eficiência do comércio à distância em geral e do comércio electrónico em particular*”, in *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 88.

<sup>334</sup> In *Os contratos de consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011, p.45.

em que se prevê que a inobservância do requisito de forma só pode ser por ele invocada”<sup>335</sup>. Ora, nestes casos estamos perante nulidades atípicas, que afastam o regime geral, que visam a protecção de uma das partes – o consumidor<sup>336</sup>.

Em alguns casos a lei não esclarece quanto ao regime jurídico a ter em consideração perante o incumprimento da exigência das regras de forma, uma vez que a lei apenas se limita a prever a nulidade por inobservância dos requisitos formais legalmente impostos. Veja-se o exemplo dos contratos celebrados fora do estabelecimento (artigo 9.º, n.º1 do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, o qual prevê que “*o contrato celebrado fora do estabelecimento comercial é reduzido a escrito e deve, sob pena de nulidade, conter, de forma clara e compreensível e na língua portuguesa, as informações determinadas pelo artigo 4.º*”). Ora, esta descrição poderia levar à aplicabilidade do regime geral da nulidade, isto é, que a nulidade fosse invocada por qualquer uma das partes e conhecida oficiosamente pelo Tribunal, porém, como refere J. MORAIS CARVALHO esta não parece ser a melhor interpretação do preceito uma vez que não tem em consideração o seu objectivo – a protecção do consumidor.

Refere o autor que esta nulidade mais se aproxima de uma sanção civil aplicável ao profissional pelo que não faria sentido que este pudesse aproveitar-se dela. Devendo entender-se portanto que se trata de uma nulidade atípica e que apenas pode ser invocada pelo consumidor<sup>337</sup>. Defende ainda o Autor que a nulidade passará a ser de conhecimento oficioso nos casos em que o consumidor pretenda desvincular-se do contrato mas não invoque a nulidade, invocando apenas factos que a demonstrem<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup> In *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2017, p. 49.

<sup>336</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS defende que “*o que está aqui em jogo é justamente a protecção de um conjunto de sujeitos. Por isso se impedem todos os outros de a invocar*”, *Crédito aos Consumidores*, Almedina, 2009, p. 69.

<sup>337</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO refere que “*sem prejuízo do disposto no regime sobre cláusulas contratuais gerais, qualquer cláusula que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela LDC*” – Lei da Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) – “*é nula – artigo 16.º/1; trata-se porém, de uma nulidade sui generis, uma vez que apenas o consumidor ou os seus representantes a podem invocar – n.º2 – e podendo, ainda, o mesmo consumidor optar pela manutenção do contrato – n.º3. Neste caso e no silêncio da LDC, haverá, provavelmente, que aplicar, por analogia, o dispositivo previsto no artigo 13.º da LCCG*”. Ora, dispõe o artigo 13.º da LDC, relativo à “subsistência dos contratos singulares”, o seguinte: “*1 - O aderente que subscreva ou aceite cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas. 2 - A manutenção de tais contratos implica a vigência, na parte afectada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos*”.

<sup>338</sup> In *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2017, p. 50.

Conclui J. MORAIS CARVALHO que a razão determinante da exigência de forma especial está normalmente relacionada com a protecção do consumidor, pelo que a sua inobservância não pode ser invocada para a não aplicação da cláusula que o protege.

Não cabe no âmbito do presente estudo uma análise aprofundada sobre a formação dos contratos de consumo, mas justifica-se uma breve análise relativamente às razões que estão subjacentes à exigência de forma escrita e ao afastamento do regime geral da nulidade como, designadamente, forma de protecção do consumidor enquanto contraente presumivelmente mais débil.

## **7.2 Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial**

Podemos encontrar na alínea g) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, a definição de «Contrato celebrado fora do estabelecimento comercial», como sendo “*o contrato que é celebrado na presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual, incluindo os contratos:*

- i) Celebrados no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou prestador de serviços;*
- ii) Celebrados no domicílio do consumidor;*
- iii) Celebrados no local de trabalho do consumidor;*
- iv) Celebrados em reuniões em que a oferta de bens ou de serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatário;*
- v) Celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou por seu representante ou mandatário, fora do respetivo estabelecimento comercial;*
- vi) Celebrados no local indicado pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, a que o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma*

*comunicação comercial feita pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou pelo seu representante ou mandatário”.*

Como vimos anteriormente, estabelece o n.º1 do artigo 9.º, relativo aos requisitos de forma nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, que “*o contrato celebrado fora do estabelecimento comercial é reduzido a escrito e deve, sob pena de nulidade, conter, de forma clara e compreensível e na língua portuguesa, as informações determinadas pelo artigo 4º*”.

Ora, tal disposição legal não é clara quanto à aplicabilidade da nulidade como consequência da inobservância do requisito da redução do contrato a escrito, todavia, parece pretender manter como consequência do incumprimento do requisito da forma escrita a nulidade, à semelhança do que se estabelecia anteriormente, embora com uma redacção mais óbvia<sup>339</sup>.

Apesar da alteração do elemento literal, parece-nos defensável entender, à semelhança de J. MORAIS CARVALHO, que o artigo 9.º, n.º1 do diploma legal *supra* mencionado afasta o princípio da liberdade de forma previsto no artigo 219.º do Código Civil, devendo, na opinião daquele autor e com o qual concordamos, da formulação legal e da finalidade da norma retirar-se a conclusão de que tal invalidade resultante da inobservância da forma escrita está sujeita a um regime especial, apenas podendo ser

---

<sup>339</sup> Dispunha o artigo 16.º, relativo à forma, conteúdo e valor do contrato, do ora revogado Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, referente às vendas ao domicílio / à distância / automáticas / especiais esporádicas / em cadeia / forçadas e ligadas [revogado pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro], o seguinte:

*“1 - Os contratos concluídos com os consumidores no exercício da actividade regulada no presente capítulo devem, sob pena de nulidade, ser reduzidos a escrito e conter os seguintes elementos:*

- a) Nome e domicílio ou sede dos contratantes ou seus representantes;*
- b) Elementos identificativos da empresa fornecedora, designadamente nome, sede e número de registo no Registo Nacional de Pessoas Colectivas;*
- c) Indicação das características essenciais do bem ou serviço objecto do contrato;*
- d) Preço total, forma e condições de pagamento e, no caso de pagamento em prestações, os seus montantes, datas do respectivo vencimento e demais elementos exigidos pela legislação que regula o crédito ao consumo;*
- e) Forma, lugar e prazos de entrega dos bens ou da prestação do serviço;*
- f) Regime de garantia e de assistência pós-venda quando a natureza do bem o justifique, com indicação do local onde se podem efectuar e para o qual o consumidor possa dirigir as suas reclamações;*
- g) Informação sobre o direito que assiste ao consumidor de resolver o contrato no prazo referido no artigo 18.º, n.º 1, bem como a indicação do nome e endereço da pessoa perante a qual o consumidor pode exercer esse direito”.*

invocada pelo consumidor e não pelo profissional<sup>340</sup>. Como refere o autor, “a finalidade da norma não é apenas a de sujeitar este contrato a uma forma especial, uma vez que as razões que o justificam não são objectivas, mas subjectivas, resumindo-se à protecção do consumidor contra eventuais abusos por parte do profissional. Protecção do consumidor traduz-se neste caso, na redução do contrato a escrito e na entrega de um documento (cópia do contrato assinado ou, em alternativa, confirmação em papel ou, mediante acordo do consumidor, noutro suporte duradouro) que deve conter as cláusulas contratuais e elementos da informação sobre os direitos que lhe são conferidos na sequência da celebração do contrato”.

Parece-nos assim possível defender que em caso de celebração de um contrato fora do estabelecimento comercial sem forma escrita, terá aplicabilidade um regime de nulidade atípica, que se afasta do regime geral da nulidade estabelecido no artigo 286.º do Código Civil, uma vez que tal nulidade apenas deverá poder ser invocada pelo consumidor e não pelo profissional, pois é àquele que a lei pretende conferir uma maior protecção<sup>341</sup>.

### **7.3. Contrato de crédito ao consumo: breve caracterização tipológica e requisitos formais de validade**

Para efeitos da aplicação do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho referente aos contratos de crédito a consumidores, entende-se por «Consumidor» a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo referido Decreto-Lei, “*actua com objetivos alheios à sua actividade comercial ou profissional*”, de acordo com o disposto no artigo 4.º, n.º1, al. a). E entende-se por «Contrato de crédito», “*o contrato pelo qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartão de crédito, ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante*”, de acordo com o disposto no artigo 4.º, n.º1, al. c).

---

<sup>340</sup> JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, Almedina, 2014, p. 87 e 88.

<sup>341</sup> Como acima referido é elemento essencial da decisão de contratar a confiança dos consumidores, pelo que é importante que o consumidor se sinta protegido, sendo a imposição de uma forma especial ou o cumprimento de uma formalidade específica um factor de protecção do consumidor, dado que permite uma decisão mais ponderada, facilita a prova da celebração do contrato, torna mais difícil a celebração de alguns contratos e possibilita o conhecimento posterior das cláusulas do mesmo.

Ora, dispõem o n.º1 e n.º2 do artigo 12.º, relativo aos requisitos do contrato, do Decreto-Lei *supra* mencionado o seguinte:

*“1 - Os contratos de crédito devem ser exarados em papel ou noutro suporte duradouro, em condições de inteira legibilidade.*

*2 - Todos os contraentes, incluindo os garantes, devem receber um exemplar do contrato de crédito, sendo que, no caso de contratos de crédito celebrados presencialmente, o exemplar deve ser entregue no momento da assinatura do contrato de crédito”.*

Ora, a norma menciona contratos “*exarados em papel ou noutro suporte duradouro*”, pelo que será improvável um caso em que a forma pode não ser a escrita, na medida em que o próprio n.º 1 se refere a “condições de inteira legibilidade”. Nas palavras de J. MORAIS CARVALHO, quer a legibilidade, quer a entrega de exemplar parecem implicar a exigência de forma escrita<sup>342</sup>. Todavia, a forma da celebração do contrato apenas se encontra implícita<sup>343</sup>.

Impõe-se assim uma forma especial para a celebração do contrato, mais o respeito de duas formalidades: a assinatura do documento pelos contraentes e a entrega ao consumidor de um exemplar.

Para J. MORAIS CARVALHO, também nos contratos de crédito ao consumo se exclui a regra da liberdade de forma prevista no artigo 219.º do Código Civil, entendendo, “como noutros contratos de consumo que é necessária a existência de um documento para que o consumidor tome consciência da celebração do contrato e tenha a possibilidade de reflectir sobre o seu conteúdo. A existência de um documento escrito permite, ainda, a prova da celebração do contrato. A questão da prova pode ser muito relevante para o financiador, especialmente nos casos, infelizmente bastante comuns,

---

<sup>342</sup> In *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2017, p. 374.

<sup>343</sup> Forma essa que já se encontrava prevista no artigo 6.º, n.º1 do Decreto-lei n.º 359/91 de 21 de Setembro, ora revogado pelo *supra* citado Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho, que dispunha o seguinte: “o contrato de crédito deve ser reduzido a escrito e assinado pelos contraentes, sendo obrigatoriamente entregue um exemplar ao consumidor no momento da respectiva assinatura”.

em que o consumidor, apesar de assinar o documento contratual, não tem consciência de celebrar o contrato de crédito”<sup>344</sup>.

Entende o autor que no caso de contrato de crédito ao consumo, como se exige forma escrita, não podem estes ser celebrados através de meios de comunicação à distância em que apenas seja utilizada a voz, como o telefone ou a rádio. Tal não significa que a negociação prévia à celebração do contrato não possa decorrer por telefone. Uma vez que a simultaneidade entre a assinatura das partes e a entrega do exemplar ao consumidor deixou de existir, o contrato pode ser celebrado através da troca de correspondência, por exemplo, não tendo o meio de comunicação à distância que permitir o contacto directo entre as partes. Nas palavras do autor a Internet constitui também um meio apto à contratação à distância, constatando como objectivo principal da referência a um “suporte duradouro” no artigo 12.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho, a admissibilidade da contratação electrónica.

Aquele autor faz ainda uma breve referência ao regime do contrato de emissão de cartão de crédito para o qual é necessário tomar em consideração o Aviso do Banco de Portugal n.º 11/2001, de 20 de Novembro que estabelece no artigo 3.º que “*as relações entre os emitentes e os titulares de cartões devem ser reguladas por contrato escrito*” e no artigo 9.º que “*um contrato só se considera celebrado quando o titular recebe o cartão e uma cópia das condições contratuais por ele aceites*”, afirmando que este regime não obsta à aplicação do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho, pelo que o contrato deve ser celebrado por documento escrito, constituindo a cópia das condições contratuais aceites um segundo documento.

Ora, a inobservância da forma legal exigida para os contratos de crédito ao consumo acarreta a nulidade do contrato nos termos do artigo 13.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho, que estabelece o seguinte: “*o contrato de crédito é nulo se não for observado o estabelecido no n.º 1 ou no n.º 2 do artigo anterior, ou se faltar algum dos elementos referidos no proémio do n.º 3, no proémio do n.º 5, ou nas alíneas a) e d) do n.º 5 do artigo anterior*”.

---

<sup>344</sup> In *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2017, p. 375.



Todavia, trata-se de uma nulidade atípica, à semelhança do que acontece também nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, uma vez que tal nulidade apenas pode ser invocada pelo consumidor, de acordo com o disposto no artigo 13.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho, que dispõe o seguinte: “*a inobservância dos requisitos constantes do artigo anterior presume-se imputável ao credor e a invalidade do contrato só pode ser invocada pelo consumidor*”. Não sendo, portanto, tal nulidade do conhecimento oficioso nos casos em que o consumidor pretenda manter o contrato de crédito<sup>345</sup>.

Podemos então, mais uma vez, concluir com segurança que em caso de inobservância da forma escrita para a celebração de um contrato de crédito ao consumo estamos perante uma nulidade atípica, que afasta a aplicabilidade do regime geral da nulidade prevista no artigo 286.º do Código Civil, na medida em que tal nulidade apenas pode ser invocada pelo consumidor e não é, em certos casos, do conhecimento oficioso.

De todo o exposto, resulta claramente que já existem no nosso ordenamento jurídico casos de nulidades atípicas que visam tutelar o interesse de uma das partes. E existem também no nosso ordenamento jurídico nulidades atípicas cujo regime jurídico não resulta directamente da lei, é o caso como vimos do regime da nulidade em caso de incumprimento da forma escrita na celebração de contratos fora do estabelecimento comercial, que apesar do Decreto-lei n.º 24/2014 de 14 de Fevereiro não ser claro quanto ao regime da sua invocação, parece não fazer sentido que se admita que a nulidade possa ser invocada por qualquer das partes. Sendo a interpretação que mais vai ao encontro da “*ratio legis*” do diploma aquela que defende que a nulidade resultante da inobservância da forma legal para a celebração do contrato apenas pode ser invocada pelo consumidor<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> Deixando de ser correcta tal afirmação nos casos em que o consumidor pretenda desvincular-se do contrato, no entanto não invoca a nulidade mas apenas os factos que a demonstrem. Neste sentido *vide* J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2017, p. 378. A este propósito *vide* também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04-03-2010, Processo n.º 257168/08.6YIPRT.L1-8 (LUÍS CORREIA MENDONÇA), bem como o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19-01-2010, Processo n.º 11692/04.1TJPRT-A.P1 (HENRIQUE ANTUNES), nos quais essencialmente se entendeu que tal nulidade não é de conhecimento oficioso.

<sup>346</sup> Uma vez que a limitação à invocação daquela invalidade por parte do profissional é tida como uma sanção para este.

#### **7.4. Nulidade atípica por incumprimento da exigência legal de forma escrita na celebração de contratos de consumo (inalegabilidade da nulidade)**

No caso da nulidade atípica por incumprimento da forma escrita na celebração de contratos fora do estabelecimento comercial, esta não resulta directamente da lei, mas antes de uma interpretação do escopo das normas e da conformação de todo o ordenamento jurídico, de forma a aplicar a solução mais adequada atendendo aos princípios da justiça material.

Ora, também nós propomos que se encare a questão da inalegabilidade de nulidades formais como uma conformação de todo o nosso ordenamento jurídico, tendo sempre em consideração a justiça material. Como vimos, o nosso ordenamento jurídico já conhece casos de nulidades atípicas para as quais se estabelece um regime diferente do previsto no artigo 286.º do Código Civil, quando se pretende acautelar e proteger os interesses de uma das partes, como também já conhece casos de nulidades atípicas que não resultam directamente da lei, mas antes de uma interpretação desta.

Cremos que o caso da inalegabilidade de nulidades formais decorrentes da preterição de forma legalmente exigida passará também por um regime de nulidade atípica cujo regime será diferente do regime estabelecido no artigo 286.º do Código Civil, de forma a poder acautelar-se o interesse de uma das partes – a parte contra quem é invocada a nulidade e merecedora de tutela da sua confiança, sendo certo que tal solução não resulta directamente da lei, mas antes de uma interpretação desta – e é para nós defensável entender que tal regime de nulidade atípica encontra o seu fundamento legal no artigo 334.º do Código Civil, relativo ao abuso do direito.

Como vimos, do regime dos contratos de consumo resulta um regime de nulidade atípica, isto é, uma nulidade que apenas pode ser invocada pelo consumidor. Todavia, podem existir casos em que até o próprio consumidor seja impedido de invocar a nulidade do contrato, sob pena de abuso do direito. Imagine-se o caso de, apesar da nulidade do contrato, o montante do crédito vier a ser concedido ao consumidor e este agir posteriormente em conformidade com uma celebração válida do contrato. Pode eventualmente admitir-se nestes casos que o financiador possa recorrer à figura do

abuso do direito, quando o consumidor exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé ao invocar a nulidade do contrato<sup>347</sup>.

No domínio dos contratos de crédito ao consumo FERNANDO DE GRAVATO MORAIS defende que a ultrapassagem de um período temporal, mais ou menos amplo consoante as circunstâncias concretas, não permite ao mutuário eximir-se ao pagamento das prestações do empréstimo invocando a nulidade do contrato, sob pena de abuso do direito<sup>348</sup>.

Veja-se o caso em que o consumidor age como se o contrato fosse válido e vem mais tarde invocar a nulidade do contrato de crédito ao consumo por inobservância da forma legal<sup>349</sup> (ou pela inobservância de outra exigência legal, como a entrega de um exemplar

---

<sup>347</sup> A este propósito vide J. MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011, p. 321. Vide também PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA que referem que “a nota típica do abuso do direito reside, por conseguinte, na utilização do poder contido na estrutura do direito para a prossecução de um interesse que exorbita do fim próprio do direito ou do contexto em que ele deve ser exercido”, Código Civil Anotado, Vol. I, Almedina, 4ª edição, p. 300.

<sup>348</sup> In *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, 2007, p. 109.

Neste sentido vide o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-02-2008, Processo n.º 366/05.6TBTND-A.C1 (COSTA FERNANDES), no qual se pode ler que o douto Tribunal decidiu que há abuso do direito, quando alguém pretende exercer determinado direito, depois de ter tido um comportamento apto a convencer a outra parte de que jamais o exerceria. A nulidade atípica pode não ser reconhecida, caso se verifique um comportamento subsequente comprovativo de que o comprador aceitou a validade do contrato de mútuo. Configura uma situação de abuso do direito, o facto de, num um contrato de crédito ao consumo, os mutuários terem pago dezassete prestações sem terem posto em causa a validade do contrato. No mesmo sentido vide o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 09-04-2015, Processo n.º 6718/07.0YYLSB-B.G1 (ANTÓNIO SANTOS), o qual decidiu que é praticamente unânime o entendimento de que nada obsta a que o financiador/entidade bancária se socorra do instituto do abuso do direito para, através dele, paralisar os efeitos da invocação pelo consumidor da nulidade formal de um contrato de crédito ao consumo que tenha outorgado e, inclusive, depois de ter sido ele – o contrato – cumprido pelo apelante e executado em mais de 50% do respectivo valor. Vide ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30-01-2014, Processo n.º 2603/08.6TBFLG-A.G1 (ANA CRISTINA DUARTE), o qual decidiu que o mutuário/comprador age em abuso do direito quando invoca a nulidade de um contrato 7 anos após a outorga do mesmo, quando já procedeu ao pagamento de 34 prestações, num universo de 72 e usufruiu do veículo adquirido com recurso ao mútuo, durante 3 anos e meio.

Em sentido diverso decidiu o douto Tribunal da Relação de Coimbra, em Acórdão de 18-05-2010, Processo n.º 3472/08.1TBVIS-A.C1 (ISAÍAS PÁDUA), no qual se decidiu que não constitui abuso do direito a invocação da nulidade do contrato pelo consumidor, quando apenas havia pago ao mutuante 3 das 48 prestações a que se havia obrigado.

<sup>349</sup> Neste sentido veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09-05-2006, Processo n.º 12155/2005-7 (ROSA MARIA RIBEIRO COELHO), no qual o Tribunal se pronunciou pelo seguinte: “I – O desenvolvimento significativo do crédito ao consumo e as novas formas que este vem revestindo, não raro associadas a condições abusivas, ditaram a necessidade de criação de regras de funcionamento que garantam uma informação completa e verdadeira do consumidor. II – A inobservância destas regras gera invalidade, seja na forma de simples inexigibilidade, seja nas de anulabilidade e nulidade do contrato. III – O não cumprimento da exigência de que o contrato seja reduzido a escrito e assinado pelos contraentes, sendo obrigatoriamente entregue um exemplar ao consumidor no momento da

no momento da celebração do contrato<sup>350</sup>) com o objectivo de não cumprir as suas obrigações<sup>351</sup>. Tem decidido a nossa jurisprudência dominante no sentido de bloquear a invocação da nulidade do contrato por parte do consumidor, com base no instituto do abuso do direito quando tal se justifique<sup>352</sup>.

---

*respectiva assinatura, é causa de nulidade atípica, visto apenas poder ser invocada pelo consumidor. IV – Na hipótese de o contrato ser firmado entre ausentes, para que a entrega do exemplar ao consumidor se tenha como feita no acto da assinatura do contrato, tem a mesma de ocorrer quando ele próprio o assina. V – Esta imposição não será satisfeita, gerando nulidade do contrato, se, estando-se perante um contrato entre ausentes, este é assinado primeiro pelo consumidor e depois por um representante do credor, só após isso se procedendo ao envio de um exemplar dele ao consumidor. VI – Se, apesar desta nulidade, o consumidor compra um veículo com o financiamento concedido, paga algumas das prestações acordadas e usa o veículo durante cerca de sete meses, sem nunca ter manifestado considerar tal contrato como lesivo dos seus interesses nem ter diligenciado no sentido de o revogar, a ele aderindo e aproveitando as vantagens dele emergentes, a invocação que fizer da referida nulidade traduz um comportamento abusivo e contrário ao direito e à boa fé, o que lhe é vedado pelo art. 334.º do C. Civil, ou na modalidade das denominadas inalegabilidades formais, ou da proibição do “venire contra factum proprium”.*

<sup>350</sup> Neste sentido *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22-06-2016, Processo n.º 78447/14.0YIPRT.L1-6 (MARIA DE DEUS CORREIA), o qual decidiu que a invocação da nulidade do contrato por falta de entrega de um exemplar, ao fim de cinco anos de vigência do contrato, e apenas quando foi chamado a honrar o compromisso assumido, constitui abuso de direito (art.º 334.º do Código Civil) sendo, portanto, ilegítima. Também no sentido de bloquear a invocação da nulidade por parte do consumidor *vide* o Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 06-05-2010, Processo n.º 4849/05.0TVLSB.L1-8 (CARLA MENDES), no qual o douto Tribunal se pronunciou pelo seguinte: “A não entrega do exemplar do contrato de crédito ao consumo, acarreta a sua nulidade, a invocar pelo consumidor. O abuso do direito do consumidor, na modalidade de venire contra factum proprium, obsta à invocação da nulidade do contrato”. Neste sentido também decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa, em Acórdão de 09-07-2015, Processo n.º 1391/13.9TJLSB.L1-7 (MARIA DO ROSÁRIO MORGADO), no qual se pode ler o seguinte: “A invocação da nulidade do contrato de crédito, por falta de entrega de um exemplar, no momento da assinatura, decorridos três anos sobre a sua vigência do contrato e quando já se encontravam pagas 35 das 48 prestações acordadas, constitui abuso de direito e neutraliza os efeitos decorrentes da nulidade”.

<sup>351</sup> As regras do direito do consumo visam tutelar o consumidor. Ora, se o consumidor invoca a nulidade com vista à satisfação de um interesse que não esse tem amplamente decidido a nossa jurisprudência pela aplicação do instituto do abuso do direito.

<sup>352</sup> A este propósito *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14-11-2011, Processo n.º 13721/05 (ANA PAULA PEREIRA AMORIM), doutamente comentado por JORGE MORAIS CARVALHO e MICAEL TEIXEIRA em Cadernos de Direito Privado, n.º 42, Abril/Junho 2013, pp. 36 a 52, artigo intitulado de *Crédito ao consumo: ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade*, no qual os Autores se posicionam em sentido diverso da jurisprudência dominante relativamente ao bloqueio da invocação de nulidades por parte do consumidor, uma vez que sendo este o contratante presumivelmente mais fraco merecerá enquanto tal, na maioria dos casos, protecção. No caso em apreço a factualidade relevante pode resumir-se ao seguinte: um consumidor celebrou um contrato de crédito ao consumo para adquirir um automóvel, tendo assinado uma livrança em branco para garantir o cumprimento do mesmo contrato. Durante cerca de dois anos pagou as prestações convencionadas, tendo, no entanto, deixado de pagar as suas prestações. Em face do incumprimento do consumidor, o financiador preencheu a livrança e apresentou-a a pagamento, bem como proposto uma acção executiva para cobrar o montante em dívida. Quanto a esta o consumidor deduziu oposição, tendo o Tribunal decidido dar prosseguimento à acção executiva. O consumidor interpôs recurso da sentença para o Tribunal da Relação do Porto, no qual o consumidor alegou essencialmente que nunca lhe foi entregue uma cópia do contrato de crédito ao consumo, pelo que este seria nulo. O Tribunal da Relação decidiu que não se tendo provado o facto da entrega do exemplar do contrato ao consumidor, deve presumir-se a sua não entrega visto que o ónus da prova cabe ao financiador, a quem aproveitaria a prova daquele facto. Assim, o Tribunal entendeu estar verificado o pressuposto factual para declarar a nulidade do contrato. Contudo, confirmou a decisão recorrida, alegando que a invocação da invalidade do contrato por parte do consumidor após cerca de dois anos de cumprimento do mesmo constitui abuso do direito.

Por sua vez se o consumidor invocar a nulidade do contrato, ainda que volvido algum tempo depois de actuar como se este fosse válido, por lhe ter sido comunicada uma cláusula que este desconhecia (devido ao contrato não ter sido celebrado por escrito ou por não lhe ter sido entregue um exemplar do mesmo) ou nunca beneficiou do bem financiado, podemos encontrar decisões jurisprudenciais no sentido da não aplicação do instituto do abuso do direito e como tal, permitindo ao consumidor a invocação da nulidade do contrato<sup>353</sup>.

J. MORAIS CARVALHO aborda também esta questão da admissibilidade de eventual abuso do direito por parte do consumidor no âmbito dos “*problemas típicos de compensação de interesses*”, relativamente à forma do contrato<sup>354</sup>, afirmando que é possível configurar uma situação em que o interesse do consumidor que justifica o conteúdo imperativo do regime é salvaguardado de forma diversa da prevista legalmente, mais adequada aos seus interesses. Os interesses salvaguardados por estas

---

Os Autores, porém, defendem posição distinta da decisão tomada pelo Tribunal, na medida em que a análise do Tribunal se afigura incompleta pois não incluiu um elemento fundamental na opinião dos mesmos: aferir se a posição de quem confia merece realmente a tutela do instituto do abuso do direito, isto é, a verificação da sua própria boa-fé. Os Autores não negam que o consumidor ao cumprir reiteradamente o contrato, criou no financiador uma confiança de que não iria invocar a nulidade do contrato, contudo, o financiador ao querer prevalecer-se dessa situação para obstar à declaração de nulidade do mesmo, está agir de má-fé, enquadrando esta actuação num dos casos tipo do abuso do direito – o *tu quoque*, segundo o qual quem viole uma norma jurídica não pode posteriormente exigir a outrem o acatamento da situação já violada. Defendem posição distinta no caso de o financiador demonstrar que por alguma razão, o incumprimento da obrigação de entrega do exemplar do contrato não fora uma atitude censurável. Por exemplo, os casos em que o financiador demonstre que foi erradamente informado por uma entidade com a obrigação legal de prestar uma informação correta a esse respeito (uma entidade pública ou um advogado). Ou, por exemplo, os casos em que o próprio consumidor se recuse a celebrar o contrato por escrito ou a receber uma cópia do contrato, *exemplo nosso*. Nestes casos admitem os Autores que possa ser aplicável o instituto do abuso do direito para obstar à invocação da nulidade por parte do consumidor. No fundo cremos que a posição dos Autores converge com um entendimento de no campo das nulidades por vício de forma ser mais difícil realizar-se o requisito da *justificação da confiança*, um dos requisitos necessários para a tutela da confiança, uma vez que a observância da forma legal na celebração do contrato de crédito ao consumo impõe-se imperativamente ao financiador, o qual deverá providenciar pelo seu cumprimento e por esse motivo serão poucos os casos em que a confiança do financiador deva ser tutelada.

<sup>353</sup> cremos que este tipo de decisões judiciais têm em consideração o fim das normas aplicáveis aos contratos de consumo, que é a protecção do consumidor. Ora, se o consumidor invocar a nulidade do contrato por desconhecer alguma cláusula do mesmo por apenas lhe ter sido comunicada mais tarde e este não ter um exemplar do contrato para poder confrontar, a não aplicação do instituto do abuso do direito por parte dos Tribunais cremos que visa o cumprimento do escopo das normas de direito do consumo. Nestes casos o consumidor ao invocar a nulidade não parece pretender distorcer o objectivo das normas de direito de consumo mas antes usufruir delas exactamente para o fim para o qual estas foram instituídas – a sua protecção – e não com outro fim, como o de pretender desvincular-se do contrato sem qualquer fundamento para apenas não ter de cumprir com as suas obrigações.

<sup>354</sup> In *Os contratos de consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011, p. 888.

normas, bastante protectoras do consumidor, excepcionalmente podem ser compensados de maneira diversa ou por outros interesses igualmente relevantes.

Aventa o Autor a hipótese em que os próprios interesses do consumidor são salvaguardados de maneira mais adequada tendo em conta a situação concreta em que se encontra o mesmo, dando como exemplo um acordo nos termos do qual um consumidor invisual propõe ao profissional que o contrato de crédito ao consumo, em vez de ser celebrado por escrito, seja celebrado oralmente, com a transmissão por esta forma de todos os elementos legalmente impostos e a entrega de uma cópia da gravação ao consumidor.

Os interesses do consumidor estariam salvaguardados, uma vez que estão garantidas a reflexão e a prova, ficando, neste caso, especialmente acautelado o posterior conhecimento das cláusulas do contrato. Este acordo não afectaria o conteúdo imperativo da norma, uma vez que os interesses protegidos do consumidor não seriam postos em causa, pelo que tal acordo seria válido.

Refere ainda J. MORAIS CARVALHO que “em geral, as normas que impõem requisitos formais específicos para os contratos de consumo têm em vista a protecção exclusiva do consumidor. Isto não significa que a norma apenas seja imperativa para o profissional, uma vez que o consumidor também se encontra, em princípio, limitado na possibilidade de propor, num contrato em concreto, a eliminação do requisito de forma. Se o profissional concordar com esta proposta do consumidor, o contrato não deixa de ser inválido, invalidade invocável pelo consumidor. A eventual renúncia ao direito de invocar a invalidade não é válida (v., por exemplo, artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 133/2009). Sempre se poderá argumentar que, neste caso, é possível recorrer à figura do abuso de direito, impedindo o consumidor de invocar uma invalidade por si impulsionada; esta possibilidade está, contudo, dependente da verificação dos pressupostos do artigo 334.º do Código Civil”.

Pelo exposto podemos terminar a análise deste ponto com a conclusão de que no tocante ao direito do consumo, a nossa doutrina e jurisprudência têm ponderado se no caso concreto deve o consumidor ser protegido, ou o profissional. As decisões dos nossos

Tribunais nesta matéria cremos que se podem reconduzir às seguintes orientações já propugnadas relativamente à inalegabilidade de nulidades formais:

- *Doutrina da confiança*: de acordo com esta orientação será de averiguar a conduta de ambas as partes, o que no âmbito dos contratos de consumo se pode traduzir em averiguar se o credor atuou de boa-fé no momento da celebração do contrato - desconhecendo a necessidade de observar as formalidades legais - e se o consumidor, por sua vez, criou uma confiança justificada no credor;

- *Natureza do fim das normas*: de acordo com esta orientação, é possível haver uma redução teleológica das normas, desde que o seu objetivo se encontre assegurado.

Assim, no âmbito da *doutrina da confiança*, como vimos a jurisprudência dominante decide no sentido de proteger a confiança do profissional não permitindo ao consumidor que invoque a nulidade formal, por este ter cumprido o contrato por determinado período de tempo, o que gerou confiança na contraparte em como nunca o faria. Porém, como vimos também, há autores que defendem que esta tese não deve vingar uma vez que a confiança do profissional em raros casos se poderá verificar pois este tem a obrigação de conhecer as exigências legais quanto à forma do contrato<sup>355</sup>, pelo que não poderia haver lugar ao requisito da “justificação da confiança”.

Por sua vez, há jurisprudência que envereda mais por uma posição que se pode enquadrar na doutrina da *natureza do fim das normas*, a qual assenta numa redução teleológica uma vez que as normas que impõem forma escrita no âmbito dos contratos de consumo têm fins claros – a protecção do consumidor. Ao contrário do que sucede noutros casos na nossa lei em que não é perceptível o fim para o qual é imposta a forma escrita e quem se pretende proteger, sendo que nesses casos a redução teleológica se torna inexequível. Assim, têm sufragado os nossos Tribunais um entendimento em que se os objetivos da tutela do consumidor contra cláusulas contratuais desconhecidas ou abusivas foram alcançados por outra via, que não a forma escrita, então a nulidade não pode por este ser invocada sob pena de abuso do direito.

---

<sup>355</sup> J. MORAIS CARVALHO, *Crédito ao consumo: ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade*, Cadernos de Direito Privado, n.º 42, Abril/Junho 2013, pp. 36 a 52.

## 8. Conclusões

1. É controvertida a origem histórica do abuso do direito: a doutrina tem discutido sobre se esta teoria seria compatível com o espírito do Direito romano. De facto para alguma doutrina, com acolhimento em Portugal, o abuso do direito não foi objecto de acolhimento pelo *ius romanum*.
2. O Direito romano, neste sentido só teria acolhido uma ideia de proibição de condutas consideradas abusivas que decorria dos casos conhecidos como *aemulatio*, *exceptio doli* e de relações de vizinhança.
3. Na doutrina portuguesa, Vaz Serra afastou a consagração de uma proibição geral de actos emulativos baseando a sua conclusão em várias fontes de *ius romanum*, sobretudo da época de direito justinianeu.
4. Para MENEZES CORDEIRO, o Direito Romano conhecia as figuras da lide temerária, da *exceptio doli* e da *aemulatio*. Porém, para este autor o carácter não científico e o carácter não sistemático do *ius romanum* levam à conclusão da não consagração da teoria do abuso do direito no *ius romanum*.
5. O *ius romanum* conferia protecção aos interesses fundados na boa-fé, por via da *actio bonae fidei*.
6. A posição jurídica dos lesados por condutas que, pese embora exteriorizando um direito, acabam por se revelarem abusivas, é tutelada por via das *actiones* e da *restitutio in integrum*, no entendimento de SALVATORE RICCOBONO.
7. Por via da influência do cristianismo no *ius romanum*, alguma doutrina salienta que, a partir deste período, foi enaltecida a ideia da impossibilidade de direitos absolutos, os quais poderiam ser exercidos de acordo (apenas e só) com a vontade, o critério e a conveniência do respectivo titular.
8. Esta linha doutrinária conclui no sentido de reconhecer que a teoria do abuso do direito impôs-se no *ius romanum*, através de um desenvolvimento longo,



acompanhando o aperfeiçoamento da ciência jurídica pela evolução dos quadros conceptuais jurídicos romanos.

9. O *ius romanum*, procurando a solução justa, ponderando devidamente os interesses das partes e o interesse comunitário, é perfeitamente compatível com a proibição de actos emulativos, de condutas jurídicas que, embora correspondam ao exercício de direitos, acabam por se traduzir em actos lesivos de interesses ou outras posições jurídicas de terceiros.
10. O *ius romanum*, inspirado por uma ideia de justiça material para além do seu rigor formal, pressupunha um mecanismo de reposição da Justiça material como o instituto do abuso do direito, para moldar os excessos de uma extrema justiça, pois *summa iuria, summa iniuria*.
11. No *ius romanum*, razões de ordem social e comunitárias poderiam justificar limitações ao exercício de posições jurídicas de vantagem.
12. O abuso do direito não se encontrava formulado enquanto teoria jurídica *a se* – tal não significa, porém, que fosse irrelevante para o *ius romanum*, muito menos que os seus corolários fossem desconhecidos para os juristas romanos.
13. Verificou-se exactamente o contrário: uma multiplicidade de regras jurídicas em que se evidencia a consagração de uma proibição do exercício de posições jurídicas subjectivas em termos contrários (e até lesivos) a uma ideia de *iustitia*.
14. A situação de inalegabilidade de nulidades formais tem lugar quando a nulidade derivada da falta de forma lealmente exigida não pode ser alegada. Em nossa opinião, inalegabilidade de nulidades formais reconduz-se ao instituto do abuso do direito uma vez que se trata do exercício de uma posição jurídica activa em termos que excede os limites dessa posição atentando contra o princípio da boa-fé.
15. A situação de inalegabilidade de nulidades formais distingue-se do *venire contra factum proprium* e do *tu quoque*.

16. A locução negócios solenes ao invés de negócios formais é aquela que nos parece mais correcta pois todos os negócios têm forma, contudo nem todos os negócios revestem forma solene.
17. Os regimes típicos da nulidade e da anulabilidade têm sofrido desvios, dado o concurso de interesses vários e por vezes contraditórios que justificam tais regimes. Por isso a doutrina tem-se referido à teoria das invalidades mistas. Da apresentação de várias decisões dos Tribunais portugueses, concluímos que a jurisprudência nacional tem acolhido a figura das nulidades atípicas, não aplicando os traços típicos da nulidade comum, especialmente no que respeita à legitimidade e ao conhecimento oficioso pelos Tribunais.
18. A maioria das excepções acima apontadas justifica-se precisamente por razões de tutela da confiança ligadas ao princípio da boa-fé e à consideração de outros interesses, como a protecção dos consumidores.
19. Para além dos casos expressamente previstos no Código Civil, alguns princípios gerais de Direito (destacando-se aqui o princípio da boa-fé e a sua vertente da tutela da confiança) podem legitimar uma modelação em concreto dos efeitos negativos do acto jurídico por parte do juiz.
20. Quanto a nós, defendemos que se impõe uma reformulação da teoria das invalidades, em concreto da nulidade, como, aliás, já resulta de várias disposições legais: por exemplo, veja-se os regimes do negócio simulado, da compra e venda de bem alheio, da doação de bem alheio e de invalidades em matéria de direito da família.
21. Nos casos em que há lugar à tutela da confiança da parte contra quem é invocada a nulidade, somos da opinião que estamos perante uma nulidade relativa ou atípica, a qual tem um regime distinto do previsto no artigo 286.º do Código Civil relativo às nulidades absolutas ou típicas. Assim, quando houver lugar à protecção da confiança da parte contra quem é invocada a nulidade, estamos perante uma nulidade relativa ou atípica que não pode ser invocada pela parte que a causou, nem

por qualquer interessado e a *fortiori* não pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal.

22. Para haver lugar à protecção da confiança é necessária a verificação de certas proposições, contudo podemos admitir que estas funcionem, em determinados casos, numa lógica de sistema móvel.
23. A nosso ver, no momento em que teve lugar a tutela da confiança da parte contra quem é invocada a nulidade, o vício deve considerar-se sanado.
24. Em nossa opinião, esta sanção é uma sanção inominada ou poderá, eventualmente, chamar-se “convalidação atípica”, a qual tem a sua base legal no artigo 334.º do Código Civil e assenta no princípio da tutela da confiança.
25. A doutrina tem exigido o requisito da culpa para invocar a situação de inalegabilidade de nulidade formal.
26. A nosso ver porém, o exercício contrário à boa-fé não deve ser averiguado pela culpa ou ausência dela no momento da celebração do contrato por parte de quem invoca a nulidade: antes deve ser avaliado pelo facto de alguém independentemente de culpa, contribuir para a nulidade e de seguida a invocar em proveito próprio. A teoria do abuso do direito tem, pois, neste sentido, natureza objectiva.
27. A doutrina que propomos (da impossibilidade de invocação de nulidades formais, quando esteja em causa o princípio da tutela da confiança) é aplicável aos contratos reais, mormente aos contratos reais *quoad effectum*. Assim, no que respeita a estes contratos, a teoria da inalegabilidade de nulidades formais revela-se compatível com os princípios da consensualidade e da causalidade, que caracterizam o sistema de direitos reais português (artigo 408.º, n.º 1 do Código Civil).
28. Em especial, quanto ao contrato de compra e venda de bens imóveis, trata-se de um contrato formal, pelo que terá de ser celebrado por escritura pública ou documento particular autenticado (artigo 875.º do Código Civil). A falta desta forma legal gera a nulidade do contrato (artigo 219.º do Código Civil). No entanto, a invocação

daquela nulidade pode ser em concreto paralizada pela incidência do princípio da tutela da confiança, à luz da proibição de comportamentos abusivos (artigo 334.º do Código Civil). Nestes casos, os contratos convalidam-se, produzindo os seus efeitos prototípicos desde o momento da sua celebração.

29. Por conseguinte, a sentença que reconhece a verificação no caso concreto dos pressupostos da tutela da confiança acaba por conferir eficácia jurídica *ex tunc* à relação contratual ferida ou viciada pela preterição de forma legal, fazendo com que o contrato produza os seus efeitos prototípicos desde o momento da sua celebração, incluindo o efeito real de transmissão do direito de propriedade (artigo 879.º, al. a do Código Civil).
30. No caso de dupla alienação, em consequência do ponto anterior, a segunda alienação deverá ser considerada inválida, consubstanciando uma venda de bem alheio (artigo 892.º e seguintes do Código Civil), pois a relação de confiança juridicamente tutelada emergente do primeiro contrato (*a priori* inválido por falta de forma) acaba por lhe conferir eficácia jurídica. Tal não é infirmado pelo casos de aquisição tabular previsto no artigo 5.º do Código do Registo Predial, ou seja, em que há uma dupla alienação de autor comum e em que terceiro de boa-fé adquire daquele direito incompatível com o anterior.
31. Efectivamente, havendo um conflito entre o primeiro contrato de compra e venda com preterição de forma legal mas convalidado por via do princípio da tutela da confiança, mas sem registo prévio, e um segundo contrato de compra e venda com observância da forma e cujo adquirente regista devidamente o seu direito real, é este último que adquire o direito real.
32. Nos casos da conclusão anterior, o segundo adquirente por via tabular é o legítimo titular do direito de propriedade sobre o bem em causa: contudo o primeiro contrato é válido, uma vez que se convalidou por via do princípio da tutela da confiança. Em consequência, o primeiro comprador não adquire o direito de propriedade sobre a coisa, mas é titular de uma pretensão indemnizatória contra o alienante comum. A indemnização referida deve ser apurada pela aplicação do regime da compra e venda de bem alheio, por um raciocínio analógico e de identidade de razão.

33. A mesma conclusão acima apontada é também aplicável ao regime do contrato de doação e de permuta, conforme têm decidido os Tribunais portugueses como demonstrámos na presente dissertação.
34. Mesmo quanto a um contrato classificado tradicionalmente como contrato real *quoad constitutionem* (o contrato de mútuo), atendendo a que a lei exige para este, em certos casos, a observância de forma solene, a teoria que ora propomos de inalegabilidade de nulidade formal aplicar-se-á a tais contratos, nos mesmos termos que aos contratos reais *quoad effectum* que atrás mencionamos.
35. Esta questão da inalegabilidade de nulidades formais adquire particular importância no contexto dos contratos de consumo. No âmbito destes contratos, confluem outras razões justificativas para a imposição de uma forma legal, designadamente a protecção do contraente presumivelmente mais débil. O que implica que a nulidade decorrente do vício formal apenas possa ser invocada consumidor. Esta nulidade é uma nulidade atípica conforme tem sido largamente reconhecido pela doutrina.
36. No entanto, pensamos que o próprio consumidor poderá ser confrontado com uma paralisação do seu direito de invocação da nulidade precisamente por via do artigo 334.º do Código Civil: imagine-se o caso em que o consumidor age como se o contrato fosse válido e vem mais tarde invocar a nulidade do contrato por inobservância da forma legal, com o objectivo (único ou principal) de não cumprir as suas obrigações.
37. Precisamente no sentido da conclusão anterior tem decidido a jurisprudência portuguesa, determinando a paralisação da invocação da nulidade do contrato por parte do consumidor, com base no instituto do abuso do direito sempre que se encontrem preenchidos os requisitos deste.
38. Mesmo a corrente doutrinária e jurisprudencial que opta pela natureza do fim das normas (que realçam a natureza protectora do consumidor, das normas que impõem uma forma legal para a celebração de contratos de consumo) não deixa de reconhecer que se os objectivos de tutela do consumidor face a cláusulas

contratuais desconhecidas ou abusivas forem alcançados por outra via, diferente da exigência de forma escrita, a invocação da nulidade poderá ser paralisada precisamente pela proibição de comportamentos abusivos (artigo 334.º do Código Civil).

## Bibliografia

ALARCÃO, RUI DE, *A confirmação dos negócios anuláveis*, Atlântida Editora, 1971.

ALBUQUERQUE, PEDRO DE, *Direito das Obrigações – Contratos em Especial*, Volume I, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2008.

- *Responsabilidade Processual por Litigância de Má-Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo*, Almedina, Coimbra, 2006.

- *Lei e Poesia*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005.

ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, 2003.

ARANTES, TITO DE, *Do abuso do direito e da sua repercussão em Portugal*, Ensaio Jurídico, Lisboa, 1936

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume II, Acções e Factos Jurídicos*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2003.

- *Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra Editora, 2002.

- *Direito Civil e Direito do Consumidor*, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial – Código Civil Português (Evolução e Perspectivas Actuais), 2008.

AZEVEDO, ANTÓNIO JUNQUEIRA DE, *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*, Estudos e Pareceres de Direito Privado, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

BÓLGAR, VERA, *Abuse of Rights in France, Germany and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine*, Louisiana Law Review, n. ° 5, 1975.

BONFANTE, PIETRO, *Corso di Diritto Romano*, Vol. II, *La Proprietá*, Attilio Sampaolesi Editore, Roma, 1928.

BUCKLAND, *Manual of Roman Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

BUJÁN, FEDERICO FERNÁNDEZ DE, *Sistema Contractual Romano*, Dykinson, Madrid, 2003.

CAMUS, E.F., *Curso de Derecho Romano*, II, Universidade de Habana, 1941.

CARNAXIDE, VISCONDE DE, *Leitura a Letrados*, Coimbra Editora, Coimbra, 1925.

CARVALHO, JORGE MORAIS DE/ PEREIRA, MICAEL, *Crédito ao consumo: ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade*, Cadernos de Direito Privado, n.º 42, Abril/Junho 2013.

CARVALHO, JORGE MORAIS DE/PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, Almedina, 2014.

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2017.

- *Os contratos de consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011.



CORDEIRO, ANTÓNIO BARRETO MENEZES, *Revista Jurídica aafdl* N°29, Edição Centenário, *Homenagem ao Professor Miguel Galvão Teles*, Lisboa, 2015.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, tomo I, 2ª edição, Almedina, 2000.

- *Contrato-promessa; artigo 410º, N°3, do Código Civil; abuso do direito; inalegabilidade formal*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1998.

- *Da boa-fé no Direito Civil*, 1984.

- *A Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1986.

- *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*.

- *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, tomo I*, 3.ª Reimpressão da 3.ª Edição de Março/2005, Almedina 2011.

- *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, tomo IV*, Reimpressão da edição de Maio de 2005, Almedina, 2007.

- *Tratado de Direito Civil V - Parte Geral - Legitimidades, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas*, 2.ª Reimpressão da Edição de Maio/2005, Almedina, 2011.

- *Tratado de Direito Civil, I, 4ª edição*, Almedina, 2012.

- *Tratado de Direito Civil, I, 4ª edição*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimpressão de 2017).

- *Tratado de Direito Civil V, Parte Geral, Exercício Jurídico*, Almedina, 2015.

- *Contrato-promessa: Artigo 410.º, N.º 3, do Código Civil-Abuso do Direito-Inalegabilidade Formal. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Novembro de 1998.*

- *Da Confirmação no Direito Civil*, Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem, Almedina, 2012.

- *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa In Agendo*, Almedina, 2014.

- *Tratado de Direito Civil*, II, Parte Geral, Negócio Jurídico, 4ª edição, Almedina, 2014.

CORREIA, LUIS BRITO, *Efeitos Jurídicos dos contratos de trabalho inválidos*, Estudo elaborado para a cadeira de Direito do Trabalho do curso complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de Lisboa.

CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, *Direito da Família e das Sucessões*, II, Lex Edições, Lisboa, 1993.

COSTA, JUDITH-MARTINS, *Os Avatares do Abuso do Direito e o rumo indicado pela Boa-Fé*, disponível no site da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>, 2015.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2008, (há edição de 2016).

- *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.

CRISTAS, ASSUNÇÃO / GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Transmissão da Propriedade e Contrato*, Almedina, Coimbra, 2001.

CRUZ, SEBASTIÃO DA, *Direito romano*, I, 4ª edição, Coimbra, 1984.

-*Direito Romano (Ius Romanum)*, Dislivro, Coimbra, 1985.

CURA, ALBERTO VIEIRA, *Fiducia cum creditore (Aspectos gerais)*, Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, volume XXXIV, Coimbra, 1990.

DIANA, ANTONIO GERARDO, *La nullità parziale del contratto*, 2004.

DUARTE, TEÓFILO CASTRO DE, *O Abuso do Direito e As Deliberações Sociais (Ensaio Jurídico)*, 2.<sup>a</sup> edição Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1955.

FERNANDES, CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.<sup>a</sup> edição, Universidade Católica, Lisboa, 2001.

- *A conversão dos negócios jurídicos civis*, 1993.

FERNANDES, MAGDA MENDONÇA, *O Venire Contra Factum Proprium: Obrigação de contratar e de aceitar o contrato nulo*, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2005/2006.

FONSECA, RUI GUERRA DA, *Notas sobre o ensino do Direito Romano*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIV, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2003.

FONSECA, RUI GUERRA DA, *Notas sobre o ensino do Direito Romano*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIV, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2003.

GHESTIN, JACQUES/ GILES GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction Générale*, 4.<sup>a</sup> edição, LGDC, Paris, 1994.

GILISSEN, JOHN, *Introdução Histórica ao Direito*, 5.<sup>a</sup> edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GONÇALVES, FLÁVIO SILVA, *Confirmação*, Relatório de mestrado em Direito Civil, 1991/1992.

GROSSO, GIUSEPPE, *Abuso del diritto in Enciclopedia del diritto*, I, Giuffré Editore, 1958.

GUERRA, ALEXANDRE, *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos – A Eficácia Jurídico-Social como Critério de Superação das Invalididades Negociais*, Almedina, São Paulo, 2016.

HEINRICHS, HELMUT, *Münchener Kommentar um Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, § 125, n.º 16, C.H.BECK, Munique, 2012.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2014.

HUI ZHENG, BU (org.), *Chinese Civil Law*, Munique, Alemanha, C.H.Berg, 2013.

J.M. PERILLO, "Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept" in *Pacific Law Journal*, n.º 25, 1995.

JUSTO, A. SANTOS, *Direito Privado Romano*, Parte Geral, 3ª edição, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

- *Direitos Reais*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2012.

KARL LARENZ, *Derecho civil, Parte general*, Edersa, Madrid, 1978.

LEITÃO, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2016.

- *Direitos Reais*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

LIMA, PIRES DE/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 1987.

LÔBO, PAULO, Boa Fé entre o Princípio Jurídico e o Dever Geral de Conduta Obrigacional, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Ano 3 (n.º 3), 2017.

LOPES, NEUZA, *A limitação do conteúdo do direito de patente pela aplicação da figura do abuso de direito*, tese de mestrado apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa, 2009.

M. BYERS, *Abuse of Rights: an Old Principle for a New Age*, in *McGill Law Journal*, n.º 47, 2002.

MACHADO BAPTISTA, *Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*, Obras Dispersas, vol. I, Braga, 1991.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Tutela da Confiança e “Venire contra factum proprium”*, in, *Obra dispersa*, Vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991.

MARTINS, PEDRO BAPTISTA, *O Abuso do Direito e Acto Ilícito*, 3.ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das Obrigações – Contratos em Especial*, Volume I, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2008.

MONTENEGRO, ARTUR DE, *A Conquista do Direito pela sociedade romana*, 2.ª edição, Edições Cosmo, Lisboa, 1999.

MORAIS, FERNANDO GRAVATO DE, *Crédito aos Consumidores*, Almedina, 2009.

MOREIRA, GUILHERME DE, *Instituições de Direito Civil I*, Coimbra, 1907.

MUGHAL, JUSTICE AHMAD, *What is Abuse of Rights Doctrine?*, disponível em: [ssrn.com/author](https://ssrn.com/author).

NUNES, CAROLINA REBORDÃO, *A inalegabilidade de nulidades decorrentes da preterição de forma legalmente exigida*, in *Revista de Direito Civil*, N.º 0, Almedina, 2015.

OLIVEIRA, NUNO PINTO DE, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

OTERO, PAULO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Pedro Ferreira Editores, 2000.

P. CATALA / J.A WEIR, *Delict and Torts: A study in Parallel, Part II*, in *Tulane Law Review*, n.º 38, 1964.

PEREIRA, MÁRIO CAIO DE, *Instituições de Direito Civil*, I, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1991.

PIMENTA, JOSÉ DA COSTA, *Sobre a Apreciação Judicial do Abuso do Direito*, *Relatório do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas*, 2003/2004.

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, (coord.) *Estudos de Direito Comercial Internacional*, Vol. I, Almedina, 2004.

- *Direito Comercial Internacional, Contratos comerciais internacionais, Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias, arbitragem transnacional*, Almedina, 2005.

- *Direito Aplicável aos Contratos celebrados através da Internet*, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, I – Lisboa, Janeiro 2006.

PINTO, CARLOS MOTA *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, 1985.

PINTO, Carlos MOTA, 4ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ, *Curso de Direito Romano*, Volume I, Principia Editora, Cascais, 2009.

- *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, Coimbra Editora, Coimbra, Maio de 2010.

RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, *Direitos Reais – Relatório*, AAFDL, Lisboa, 2013.

RICCOBONO, SALVATORE, *La teoria dell' abuso di diritto nella dottrina romana*, Bulletino Del Istituto di Diritto Romano, n.º 46, 1938.

- *Lineamento Della Storia Delle Fonti e Del Diritto Romano*, Giuffré Editore, Milão, 1949.

SÁNCHEZ, JUSTO GARCÍA, *Teoría de la Immisio*, Universidade de Oviedo – Servicio de Publicaciones, 1997, pp.9.

SCHERMAIER, MARTIN-JOSEF, *Bona Fides in Roman Contract Law*, in Good Faith in European Contract Law (org: REINHARD ZIMMERMAN/SIMON WHITTAKER), Oxford, Oxford University Press, 2006.

SCIALOJA, VITORRIO, *Negozi Giuridici*, SOCIETÀ EDITRICE DEL “FORO ITAIANO”, Roma, 1933.

SERAFINI, FILIPPO, *Instituzioni di Diritto Romano Civile Patrio*, Unione Tipografico, Editrice Torinese, 1909.

SERRA, ADRIANO VAZ, *Os actos emulativos no Direito Romano*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 10, 1926.

SOUSA, MARCELO REBELO DE e SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.ª edição, Lex Editores, Lisboa, 2000.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Introdução ao Estudo do Direito*, Almedina, Coimbra, 2012.

SOUSA, RUI CORREIA DE, *Litigância de má-fé, colectânea de sumários de jurisprudência*, 2ª edição, Quid Juris, 2005.

SURGIK, ALOISIO, *Considerações críticas em torno do princípio Pacta Sunt Servanda, O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – *Superação Judicial da Invalidade Formal no Negócio Jurídico de Direito Privado, em Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço, Vol. II*, Almedina, 2002.

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª edição, Almedina, 2015.

VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Comparado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.

VIEIRA, JOSÉ ALBERTO, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

VITTORIO SCIALOJA, *Negozi Giuridici*, SOCIETÀ EDITRICE DEL “FORO ITALIANO”, Roma, 1933.

- *Aemulatio* (1892), Studi giuridici III – Diritto privato, Roma, 1932.

ZANETTI, CRISTIANO DE SOUSA, *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*, Quartier Latin, São Paulo, 2013.

ZIMMERMANN/SIMON WHITTAKER, *Formalities I in Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.